

ESSAI SUR LES RAPPORTS
ENTRE
LA NOTION DE JUSTICE
ET L'ÉLABORATION DU
DROIT PRIVÉ POSITIF

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Vendredi 6 Juin 1930, à 14 heures

PAR

Bojidar S. MARKOVITCH

MEMBRES DU JURY :

Président : M. H. LÉVY-ULLMANN

Suffragants { MM. BARTIN
CAPITANT } Professeurs.

PARIS

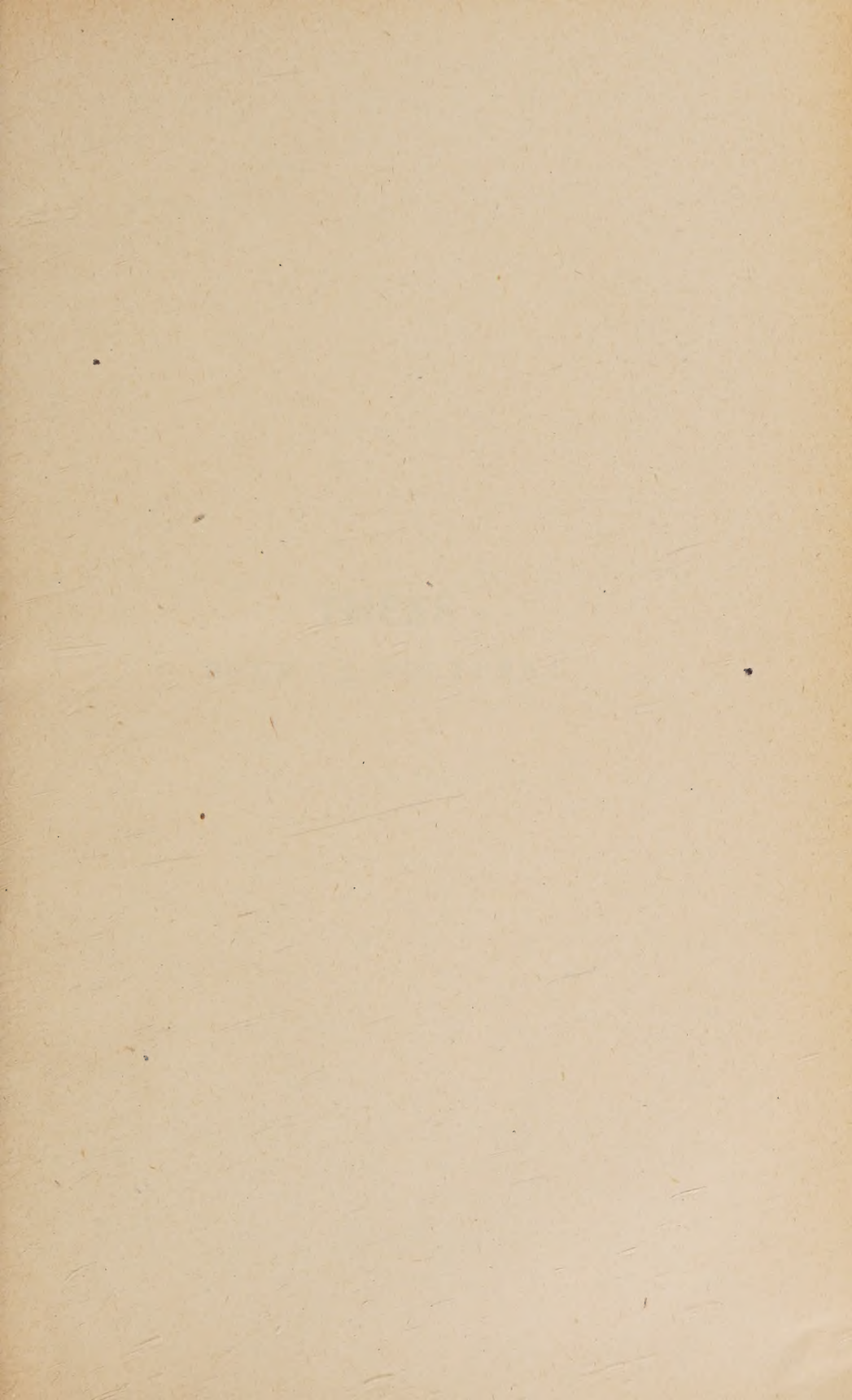
LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU

ROUSSEAU & C^{ie}

ÉDITEURS

14, rue Soufflot et rue Toullier, 13

— 1930 —



THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les
thèses ; ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs.

ESSAI SUR LES RAPPORTS
ENTRE
LA NOTION DE JUSTICE
ET L'ÉLABORATION DU
DROIT PRIVÉ POSITIF

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Vendredi 6 Juin 1930, à 14 heures

PAR

Bojidar S. MARKOVITCH

MEMBRES DU JURY :

Président : M. H. LÉVY-ULLMANN

Suffragants { MM. BARTIN
CAPITANT } *Professeurs.*

PARIS
LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU
ROUSSEAU & C^{ie}

ÉDITEURS

14, rue Soufflot et rue Toullier, 13

— 1930 —



A LA MÉMOIRE
DE
MILAN M. MARITCH



Digitized by the Internet Archive
in 2026

INTRODUCTION

Méphisto se plaignait déjà que les études de droit ne faisaient pas leur juste part au « droit qui est né avec nous ». On ne discute jamais cette question, affirme-t-il, tandis que les lois se succèdent comme une maladie éternelle du genre humain (1) : Et encore récemment un juriste moderne faisait le même reproche à ses contemporains (2). Il semble du reste que notre civilisation n'est pas la seule qui mérite une pareille objection. N'est-ce pas de même dans l'antiquité que Paul a été obligé de constater à haute voix la vérité profonde : *non ex regula jus sumatur, sed ex jure quod est regula fiat*, et Cicéron.

(1) Es erben sich Gesetz'und Rechte
Wie eine ew'ge Krankheit fort !
Sie schleppen von Geschlecht sich zum Geschlechte...
Vom Rechte das mit uns geboren ist,
Von dem ist, leider ! nie die Frage.

Goethe, *Faust* I Teil.

(2) Cuche P. *A la recherche du fondement du droit : y a-t-il un romantisme juridique* (dans la *Revue trimestrielle de droit civil*, 1929, n°1, p. 57).

d'opposer la *lex nata* à la *lex scripta* ? (1) Le phénomène n'a pas échappé non plus aux peuples réputés barbares chez leurs voisins : d'après ce que rapporte César, les Gaulois se gardaient de confondre le droit et la loi, ils distinguaient bien nettement le *jus* et les *leges*.

Il semble donc qu'il y a quelque chose de permanent qui est supérieur aux lois, ou mieux au droit positif. C'est-à-dire qu'il y a des principes qui régissent les lois elles-mêmes, que le droit positif n'est nullement une création arbitraire, une notion dernière, mais qu'il est l'expression d'une réalité préexistante que Paul nomme si justement *jus quod est*. « ...Voir dans la volonté législatrice la source unique du droit — dit E. Durkheim — ce serait prendre la lettre pour l'esprit, l'apparence pour la réalité. C'est dans les entrailles mêmes de la Société que le droit s'élabore, et le législateur ne fait que consacrer un travail qui s'est fait sans lui » (2).

Quelle est donc la cause de ce dualisme, de cette opposition constante entre la règle du droit positif et le droit en soi ? La raison intime en est dans le formalisme

(1) *Digesta*, LXVII, 1.

(2) *Revue internationale de l'enseignement*, I, T. XV, p. 47. Adde en même sens : Charmont, *Le droit et l'esprit démocratique*, 1908, p. 36. — Duguît, *Les doctrines juridiques objectivistes*, 1927, pp. 7, 8, 41. — Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit positif*, 1919. T. I, p. 41. — Le Fur, *La théorie du Droit naturel*, 1927, p. 93. — Lévy-Ullmann, *Programme d'un Cours d'Introduction au droit civil* (Extrait de la Revue trimestrielle de droit civil), 1903, p. 852. — Montesquieu, *De l'esprit des lois*, livre I. — Morin G., *La révolte des faits contre le Code*, 1920, pp. III, IV. — Saleilles, *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, 1904, p. 3.

inévitables de la législation positive, dans le formalisme qui est son plus grand mérite et en même temps son plus grand inconvénient. Une règle exprimée se trouve encadrée par le langage et par la logique des mots, elle ne bouge plus que dans des limites arrêtées et obtient une stabilité qui est justement la raison pratique de sa création, tandis que la règle abstraite possède une élasticité presque illimitée. Et, pour augmenter encore le désaccord, la vie du langage est bien plus lente que la vie des rapports sociaux représentés par lui. Il est ainsi inévitable qu'un écart se produise entre la règle et l'état dont elle est sortie et qu'elle n'accompagne guère fidèlement : ici, c'est la forme qui déforme.

C'est surtout dans les temps modernes que le jeu des faits sociaux est devenu extrêmement intense. Grâce aux causes multiples, le pouls de la vie est de plus en plus rapide, les déplacements des forces sociales sont de nos jours plus fréquents que jamais et l'écart signalé a été remarqué dans toute son importance par les juristes. Il ne faut pas s'étonner, en conséquence, de voir leur attention attirée par les problèmes qui paraissaient être résolus ou qui ne se posaient pas avec la même acuité qu'aujourd'hui. De là comme une renaissance d'études sur le problème du fondement du droit et une *naissance* des travaux concernant les méthodes juridiques. Pour s'en rendre compte, il suffit de rappeler les travaux de la plus haute importance de Ihering, de Saleilles, de Stammler, de Duguit, de MM. Geny, Ripert, etc.

Les juristes modernes préconisent de plus en plus la

dualité de la tâche que doit remplir l'étude du droit, la tâche dont une partie est *regula*, d'après la terminologie de Paul, et l'autre le *jus quod est*. En vérité, qu'est-ce autre chose que la *technische et theoretische Rechtslehre* ou *das positive et das richtige Recht* de Stammler (1), le *droit positif* et le *droit objectif* de Duguit, le *construit* et le *donné* ou la *technique* et la *science* de M. Geny, la *source formelle* et la *source réelle* de M. Bonnetcase, — sinon toujours l'expression de cette même idée fondamentale qu'il y a un droit positif et encore au-dessus de lui quelque chose d'autre — que le droit positif n'est pas tout le droit ?

Le droit positif n'est donc qu'une matière secondaire, une technique, apparence d'une réalité qu'il s'agit de connaître avant de la traduire en préceptes. « Il est une condition et non pas une fin, un moyen et non pas un but. Tout le droit positif n'est qu'une tendance à devenir le droit juste » (2). Suivant l'exacte expression de Böckh (3), le droit positif n'est qu'une « reconnaissance de ce qui a été déjà connu une fois » — *Erkennen des schon einmal Erkannten*. Il ne suffit pas alors de connaître, comme le disait Kant (4), les lois extérieures extérieurement : il faut en chercher la source et le

(1) Stammler, *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, Berlin, 1902.

(2) Stammler, *op. cit.* p. 29, *adde*, pp. 31, 34.

(3) Cité par Stammler, *op. cit.* p. 4.

(4) Kant E. *Eléments métaphysiques de la doctrine du Droit*, trad. J. Barni, 1853, p. 41, *adde*, p. 43. — Comp. Beudant Ch. *Le droit individuel et l'Etat*, 3^e éd. 1920, pp. 12, 13.

principe. En sorte que, avant d'aborder l'étude du droit positif, il s'impose de connaître ses propres lois.

Or, le droit positif n'est qu'une sécrétion de cet élément infiniment riche en rapports qui se nomme la vie. Il est une suprastructure qui vient se greffer sur le terrain des rapports vitaux, une manifestation extérieure des faits sociaux. Ce qu'il importe de constater avant tout c'est que cet élément créateur du droit positif n'est point une abstraction, mais la vie elle-même dans son expression la plus impérieuse et la plus complexe.

Cependant, grâce à la formation de notre esprit qui a un besoin impérieux de généraliser et d'unifier les objets d'entendement pour s'en faire une notion, nous nous trouvons astreints à simplifier pour nos opérations rationnelles la réalité complexe des choses (1). Ainsi nous avons l'habitude de nous représenter cette entité qui préside à la formation du droit positif, par une notion unique, par un mot ; de sorte que cette notion, simple par sa forme, cache en soi une multitude inquiétante d'éléments divers : elle ne devient qu'une image, une personnification, un symbole de la réalité. En effet, tous les mots sont-ils autre chose que de simples images, des termes évocateurs des réalités ?

En matière de droit, ce terme évocateur a reçu au cours des âges des noms divers, ceux de la Justice, d'Équité, de la Morale et du Droit Naturel surtout. Si les noms

(1) Cf. Demogue R. *Les notions fondamentales du droit privé*, 1911, pp. 11, 193, 194; 196, 198. — Gareis, *Vom Begriff Gerechtigkeit*, Kiel 1907, p. 279.

différent, la chose cependant n'en reste pas moins la même. C'est partout la constatation d'un phénomène identique baptisé différemment suivant les tendances différentes. C'est la manifestation du besoin d'une idée qui, représentant les données sociales, va servir de fil directeur à toute législation et à toute application du droit. Il est évident du reste que cette idée, basée sur un élément spirituel ou biologique, devait être suffisamment large pour embrasser toutes les variations possibles que comporte la vie. Et en même temps, il faut le bien constater, ce riche contenu de notre idée a été justement la cause de ce qu'elle était souvent rejetée par les juristes comme une notion trop vague pour pouvoir servir de base à une élaboration scientifique du droit. Comme si la vie pouvait être enfermée dans un mot ! C'est le reproche qui obligea les défenseurs modernes du Droit Naturel à le minimiser et à le réduire, fait qui ne pouvait que minimiser par même coup l'importance et la généralité de l'idée.

Ce qui reste acquis en tout cas, c'est qu'entre l'état social et le droit positif existe un rapport de cause à effet et que, par le fait de l'évolution, le droit positif doit suivre les changements qui se sont produits dans le milieu social. Le mythe de la plénitude logique de l'ordre juridique positif est depuis longtemps renversé et pour s'en convaincre, il suffit de nous rappeler les faits suivants :

1° Par la force des choses, le droit positif ne peut pas connaître ni limiter sa propre compétence, étant donné que dans les sciences sociales la loi de la causalité mécanique ne s'applique pas. Le législateur ne peut

nullement prévoir un fait social nouveau qu'il sera besoin de réglementer, et encore moins les conséquences de ce fait : il ne peut ajouter un seul pouce à sa taille. Donc il en résulte une lacune inévitable et qui tient à la nature intime des choses, mais une lacune qui doit être comblée (1).

2° *Lex statuit ex eo quod plerumque fit*. Et très souvent la technique interne du droit ne suffit pas pour régler toutes les questions omises. Ici encore nous avons besoin d'un principe directeur pour éviter l'arbitraire (2).

3° La règle de droit positif, formule presque immobile, ne peut suivre fidèlement le pouls de la vie ni les modifications incessantes et délicates des rapports sociaux. Elle a besoin d'un instrument plus souple qui va répondre à cette tâche.

Donc, nous nous trouvons obligés de conclure à la nécessité d'une idée qui alimentera le droit positif et qui sera le reflet fidèle de la matière sociale en même temps.

Les uns ont voulu voir cette idée dans la Justice, les autres dans l'Équité, dans les règles de la Morale ou dans les principes du Droit Naturel. Et par cette énumération nous ne prétendons point avoir épuisé tous les termes qui désignent ou désignaient la chose en question. En droit romain par exemple, nous trouvons une masse

(1) Cf. Geny, *Méthode d'interprétation*, I, pp. 108, 114. — Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. I, chap. I. — St.-Thomas d'Aquin, *Summa theologiae*, pars prima, quæst. 25, art. 3 et 4.

(2) Geny, *op.cit.* pp. 116, 119, 121.

d'expressions analogues : *naturalis ratio*, *benevolentia*, *humanitas*, *pudor*, *pietas*, *bona fides* (1), et à l'heure actuelle nous avons l'occasion de lire et d'entendre très souvent les expressions telles que : droit objectif, droit idéal, droit rationnel, droit juste. Si nous avons choisi de préférence les quatre premiers termes, c'est grâce à leurs qualités qui les font le mieux représenter cette richesse de relations vitales et surtout parce qu'ils condensent en eux tous les autres. De plus ces termes ont résisté le mieux aux attaques du temps et de nos jours même ils ont acquis, semble-t-il, une nouvelle force. La tradition et la possession d'état actuelle nous autorisent donc à plus forte raison à négliger les autres expressions.

Quant aux notions de Justice, d'Équité, de la Morale et du Droit naturel, elles se pénètrent tellement que pour étudier la première, il est indispensable de se rendre compte en même temps, dans des grandes lignes au moins, des trois dernières. Par ce qu'il y a de commun entre elles et par les différences existantes, il nous sera plus aisé de connaître les caractères essentiels de la notion de Justice, avant d'aborder l'étude de son rôle dans l'élaboration du droit privé positif.

Nous diviserons notre travail en trois parties :

Nous procéderons d'abord à l'étude de la notion de Justice en elle-même et dans son rapport avec l'Équité, la Morale et le Droit Naturel.

(1) De nos jours encore une thèse récente porte le titre : *Essai d'une définition expressive du droit basée sur l'idée de bonne foi*, par A. Volansky, Paris 1929. — Adde, Gorphe F., *Le principe de la bonne foi*, thèse Paris, 1928, pp. 9, 10.

Ensuite par l'examen des principales écoles juridiques s'expliquera le rôle joué par ces notions dans l'élaboration du droit.

Enfin, la troisième partie du travail sera consacrée aux procédés techniques par lesquels la notion de Justice fait évoluer le droit positif.

PREMIÈRE PARTIE

La notion de Justice et les notions qui s'y ramènent

CHAPITRE PREMIER

DE LA NOTION DE JUSTICE

§ I. — DE LA JUSTICE EN GÉNÉRAL

Nous nous proposons d'étudier l'idée de justice comme une donnée sociale telle qu'elle se présente en fait et s'offre à notre examen dans le passé et à l'heure actuelle en qualité de facteur social et dans ses éléments observables, et non pas comme une idée purement rationnelle, fruit de telle ou telle conception philosophique. Notre travail n'implique même pas nécessairement l'existence d'une idée de justice en tant que concept rationnel : c'est la *croyance* à l'existence d'une Justice qui va nous occuper comme un facteur incontestable en nous permettant de la formuler et de préciser son influence en qualité de force sociale. Si nous étions même convaincu — non seulement par un acte de foi mais par une conviction rationnelle — de l'exactitude d'une théorie ou d'une

religion sur le juste et l'injuste, nous ne pourrions jamais affirmer que le droit dans son évolution a été influencé par cette conception de justice chère à nous. Car, en réalité, le droit se développe sous l'influence de causes très variées et d'opinions très diverses, qui en somme n'en sont qu'une des causes, et il est impossible de préciser quelle est la part qui en revient à une doctrine déterminée. Ainsi le législateur dans la confection des lois n'a le plus souvent aucune opinion doctrinale arrêtée sur la morale et s'il en a une, il ne s'en approprie pas les conséquences extrêmes, mais il suit une ligne intermédiaire, plus ou moins admise par le groupe pour lequel il légifère. De même lorsque l'orateur au parlement, ou l'avocat à la barre, emploie comme argument le mot « juste », ni lui, ni son auditoire encore moins, ne songent à une notion précise, mais ils se laissent guider par un sentiment vague et imprécis.

Donc, est juste ce qui est considéré tel par le milieu dans un moment donné (1) et nous manquerions gravement à notre tâche en procédant comme si une conception déterminée de justice avait inspiré le droit à travers tous les siècles. Nous pouvons être convaincu de l'existence d'un critérium définitif de juste et de l'injuste, mais cela ne nous autorise point à l'imputer à tous les législateurs et à affirmer que c'est uniquement sous son influence que le droit s'est développé.

C'est surtout grâce à l'école sociologique et au mouvement positiviste dans les sciences sociales que la science

(1) « La justice est ce qui est établi », Pascal, *Pensées*,

des mœurs, dont l'idée de justice est une partie, a été distinguée et opposée à l'art moral rationnel. La tendance à « désubjectiver » la morale a eu pour conséquence l'objectivation de la conception de justice. Durkheim a proclamé que les faits moraux sont des phénomènes comme les autres, ils font l'objet de la science sans égard à leur exactitude au point de vue rationnel, et la distinction relevée a été bien accueillie et elle est devenue, semble-t-il, une acquisition définitive de la science (1).

Ainsi la science sociale moderne, pour répondre à sa tâche, étudie aujourd'hui au même titre non seulement les idées et théories considérées comme exactes, mais tous les phénomènes que comporte la vie sociale. Ce qu'on appelle les « maladies de la pensée » fait l'objet d'études très approfondies — le champ d'exploration en est très riche — les préjugés mêmes sont une matière extrêmement féconde de laquelle un sociologue ne saurait se désintéresser. Les mythes d'ordre divers : la « souveraineté nationale », la « liberté individuelle », la « solidarité », la « fonction sociale », ont joué et jouent un rôle immense dans le développement de l'humanité

(1) Durkheim E. *Division du travail social*, 1893, p. XXVII. — *Ibid* : Cousin V. *Justice et Charité*, 1882, p. 23. — Cruet J., *La vie du droit et impuissance des lois*, 1908, pp. 9, 10. — Gareis K. *Vom Begriff Gerechtigkeit* — (dans le *Festschrift für die Juristische Fakultät in Giessen*, 1907, pp. 276, 277. — Geny, *Science et Technique*, I. p. 93. — Lévy-Bruhl, *La morale et la science des mœurs*, 3^e éd. 1907, Préface. Tourtoulon, op. cit. pp. 15, 81, 359. — V. *infra*, § 17.

en sorte que « les amants de la déesse Raison constatent que sa part n'est pas grande dans l'histoire des institutions » (1).

Et justement pour rester fidèle à la méthode préconisée et afin de ne pas tomber dans l'excès opposé, nous croyons nécessaire de passer en revue les doctrines principales relatives à la justice. Ce besoin nous est suggéré de plus par une double raison : d'une part, nous nous rendrons compte en les examinant de l'essence et des qualités de cette notion, avantage d'ordre purement pédagogique — d'autre part, certaines de ces doctrines, renfermant tous les éléments faisant partie de la notion de justice, ont exercé sur nos conceptions une telle influence qu'elles sont devenues la partie intégrante de notre esprit et de notre société. Ainsi nous tiendrons compte entre autres d'idées que nous a léguées l'antiquité et dont nous sommes encore toujours si profondément pénétrés ; surtout nous n'oublierons pas la place qui revient à l'enseignement de l'Eglise chrétienne, qui, tant par son fondement philosophique que par son influence sur nos mœurs et nos législations, est devenu le principal élément de la civilisation occidentale (2).

La Justice se présente à nous comme un sentiment vague mais irrésistible qui depuis l'origine des sociétés a été un ressort décisif des mouvements humains. Toutes les civilisations disparues dont quelques monuments

(1) Tourtoulon, *op. cit.* p. 359 ; *adde*, pp. 360, 362, 370.

(2) Cf. Ripert G. *La Règle morale dans les obligations civiles*, 1925, Préface.

se sont conservés nous font preuve de sa haute importance. Hammurabi se disait Roi de Justice, les mythologies antiques sont pleines des divinités qui la représentent, les poètes la glorifient, les moralistes la prêchent et les peuples font des guerres sous son égide. C'est l'appel à la pratique de la justice qui sonne à travers tous les temps : les prophètes hébreux, Hésiode, Homère, Virgile, Cicéron et le Christ sont les apôtres de la Justice. C'est la meilleure de toutes les vertus « et l'insensé finit par l'apprendre en souffrant » (1).

Des esprits les plus élevés se sont efforcés de la connaître et le rêve d'une justice toujours plus haute ne cesse de tourmenter notre humanité. Le rêve est de-

(1) Hésiode, *Les Travaux et les Jours*. — Vergilius, *Aenëis*, 6, 620 :
Discite justitiam moniti et non temnere divos.

Cicéron	<table border="0"><tr><td><i>natura nos justos esse factos...</i></td><td rowspan="2"> De legibus, I, 10.</td></tr><tr><td><i>ad justitiam nos natos esse.</i></td></tr></table>	<i>natura nos justos esse factos...</i>	De legibus, I, 10.	<i>ad justitiam nos natos esse.</i>
<i>natura nos justos esse factos...</i>	De legibus, I, 10.			
<i>ad justitiam nos natos esse.</i>				

St Mathieu, V 6 : Heureux ceux qui ont faim et soif de la justice.
— Un roi sans justice est une rivière sans eau, dit le proverbe arabe.

Adde : Koenig X. *Essai sur l'évolution de l'idée de Justice chez les prophètes hébreux*, Paris 1894, *passim*. — Hennebicq L. *L'idée du juste dans l'Orient grec avant Socrate*, Bruxelles 1914, pp. 200, 201, 206. — Homère, *Odyssée*, III. — Nous ne pouvons pas nous occuper ici de la notion de la justice dans les anciennes civilisations, quoique la mythologie visionnaire des peuples d'Orient, dans des symboles et images admirables, propres à leur nature, nous ait donné d'une manière poétique et saisissante tous les aspects et caractères de cette vertu que nous prétendons exposer aujourd'hui par un procédé plus scientifique. Les mythes sont des récits mensongers qui rapportent la vérité, d'après le mot d'Aristote. — Toutes ces conceptions fort intéressantes, sont exposées dans l'ouvrage cité de M. Hennebicq.

Venu comme un impératif de la conscience sociale « un fleuve qui ne tarit pas » (1).

Et cependant personne n'a réussi à nous l'expliquer. On le plaçait toujours dans l'avenir plus ou moins obscur et lointain ou dans les époques fabuleuses du passé (2), jamais dans le présent saisissable ; on lui donnait des formes fuyantes, jamais un contenu stable. Phénomène plein de charme pour les esprits sentimentaux et rêveurs, défaut irréparable aux yeux des positivistes et praticiens. Et malgré tout cela l'idée est devenue une *force*. Le rêve imprécis, revêtu du nom de Justice est devenu un facteur social précis et constant. Le mot simule l'idée et s'il est brillant, il lui prête vie, disait Sainte Beuve (3).

Ainsi dans toutes les classifications des vertus, thèse chère aux philosophes anciens, figure le nom de la Justice. Platon, Aristote, Cicéron, St Thomas d'Aquin et autres la font entrer parmi les quatre vertus principales ; pour l'Ecriture elle est de même une des vertus cardinales et on peut la voir de nos jours encore sculptée parmi les autres sur les cercueils des Rois de France, à Saint-Denis. Certains moralistes la placent même au-dessus de toutes les vertus. Ainsi fait Théognis et surtout Cicéron pour lequel elle est la reine des vertus et c'est dans la Justice

(1) Renan, *Histoire du peuple d'Israël*, II, p. 430.

(2) Ainsi le mythe du paradis, Hésiode, Virgile, etc.

(3) Cf. Anthony R. *La force et le droit, le prétendu droit biologique*, 1917, *passim*. — Jaurès Jean, *La Justice dans l'Humanité*, 1919, p. 3 — Tarde G. *Les transformations du droit*, 8^e éd. 1922, p. 142. Tourtoulon, *op. cit.* pp 557, 558.

que leur splendeur est la plus grande. Même ceux qui font l'injustice ne peuvent la tolérer (1).

Il est vrai d'autre part que les auteurs nous affirment aussi que le premier sentiment de la justice est un sentiment d'égoïsme. L'idée de la justice est née, dit-on, du fait de l'injustice, elle ne nous vient pas de ce que nous devons, mais de ce qui nous est dû, à sa base est un sentiment jaloux : c'est un désir animal de rendre un mal reçu par soi ou par ses amis. Le juste, dit Pythagore, est en pratique d'exactes représailles (2). Remarques exactes, mais qui ne prouvent rien contre la haute moralité de notre idée. Pour la démontrer, il nous suffit de citer le passage suivant de Spencer : « Tout sentiment altruiste présuppose l'expérience du sentiment égoïste correspondant. La sympathie pour la douleur d'autrui ne peut naître que chez celui qui a éprouvé la douleur d'autrui, de même qu'une oreille musicale est nécessaire pour partager le plaisir que procure la musique. De même le sentiment altruiste de la justice ne peut naître qu'après la naissance de son sentiment égoïste » (3). On arrive encore au même résul-

(1) Publius Syrus : *etiam qui faciunt, oderint injuriam*, cf. Aristote, *Morale à Nicomaque*, trad. J.-B. Saint-Hilaire, Paris 1856, liv. V, pp. 132, 133. — Bunge C. *Le Droit c'est la Force*, trad. de l'espagnol par Desplanques, 1924, pp. 42, 44, 61.

(2) cf. Baets, *Les bases de la Morale et du Droit*, Gand 1892, p. 108. — Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, 1911, p. 119. — Hennebicq, *op. cit.* p. 333. — Henriot, *Les poètes juristes*, 1852, *passim*. — Tourtoulon, *op. cit.* p. 150.

(3) H. Spencer, *Justice*, trad. par M. E. Castelot, Paris 1893, pp. 34, 35.

lat par la doctrine de Schopenhauer sur l'identité des êtres, qui sera discutée plus loin (1).

§ II. — ANALYSE ET DÉFINITION DE LA NOTION DE JUSTICE

Et si nous nous demandons à présent quel est l'être intime de cette vertu, nous trouverons la réponse dans l'idée de l'égalité. L'idée fondamentale d'après laquelle il faut *traiter d'une manière égale les choses égales*, se trouve à la base de la notion de Justice. Mais l'analyse de ce principe, universellement admis, nous fait voir d'autre part son corollaire de la plus grande importance qui est le *traitement inégal des choses inégales* — c'est une loi de notre entendement que les notions se posent en s'opposant. Ainsi analysée, la notion de Justice s'exprime d'abord dans une équation des choses et puis dans leur traitement proportionnel au résultat de cette équation, d'après un principe supérieur d'égalité. D'une manière générale, on peut dire que la justice est l'égalité dans l'inégalité « car, entre les choses inégales, l'égalité deviendrait inégalité sans une juste proportion » (2). C'est en somme cette double idée qui fait l'essence de la Justice et personne ne l'a mieux mise en lumière que Platon dont nous croyons utile de citer le passage suivant : « ...Car il y a deux sortes d'égalités qui se ressem-

(1) Voir, *infra* § 7.

(2) Platon, *Les lois*, trad. V. Cousin, Paris 1831, liv. VI, p. 316. — Adde : Demogue, *op. cit.* pp. 119, 133, 136. — Kleinfeller G. *Gerechtigkeit*, Kiel 1913, p. 5. — Jedem das seine, nicht jedem das gleiche... die wahre Gleichheit liegt in der Ungleichheit.

blent pour le nom, mais qui sont bien différentes pour la chose. L'une consiste dans le poids, le nombre, la mesure : il n'est point d'Etat, point de législateur à qui il ne soit facile de la faire passer dans la distribution des honneurs... Mais il n'en est pas ainsi de la vraie et parfaite égalité, qu'il n'est point aisé à tout le monde de connaître : le discernement en appartient à Jupiter, et elle ne se trouve que bien peu entre les hommes... C'est elle qui donne plus à celui qui est plus grand, moins à celui qui est moindre, à l'un et à l'autre dans la mesure de sa nature ; proportionnant ainsi les honneurs au mérite, elle donne les plus grands à ceux qui ont plus de vertu, les moindres à ceux qui ont moins de vertu et l'éducation, et à tous selon la raison. Voilà en quoi consiste la justice politique à laquelle nous devons tendre... » (1).

Pour donner une forme plus concrète à cette distinction fondamentale entre les deux espèces d'égalités, nous croyons nécessaire de fournir l'illustration suivante : la première égalité que l'on pourrait nommer naturelle, étant donné que c'est un principe sur lequel tout l'Uni-

(1) Platon, *Les lois*, liv. VI, pp. 316, 317. C'est dans ce passage que se trouve renfermé, comme nous le verrons plus loin, le problème du droit, senti dans toute son immensité par le philosophe divin qui, dans son doute justifié, ne croit pas à la solution sûre du problème. La même idée est exprimée par Platon dans *Menon*, p. 142, trad. V. Cousin : « Car, selon l'âge, selon le genre d'occupation, chacun a pour toute action ses devoirs et sa vertu particulière ». C'est toujours la même pensée, extrêmement exacte, qui faisait dire les Romains, d'une manière un peu forte, il est vrai, *quod licet Jovi non licet bovi*.

vers est basé — consiste à traiter de la même façon toutes les quantités se composant de dix unités par exemple ; la seconde espèce d'égalité — qu'on pourrait nommer sociale vu qu'elle n'apparaît qu'avec la formation des sociétés (1) — consiste à déterminer d'abord quel est le nombre d'unités qui seront comparées aux autres et si elles ne sont pas égales au nombre de dix, de les traiter proportionnellement au nombre de dix. Si elles sont huit, de les traiter comme $8/10$, si elles sont douze, de les traiter comme $12/10$. L'égalité naturelle est l'unité de mesure, tandis que l'égalité sociale est une mesure d'unités. Dans le dernier cas apparaît donc le besoin d'un critérium nouveau qui va nous permettre de déterminer le nombre d'unités, critérium d'une importance extrême, mais que nous négligerons pour le moment. Ce qui importe, c'est que la première espèce d'égalité est une opération de pure arithmétique, tandis que l'autre exige une appréciation bien plus complexe. Distinction capitale qui servira à Aristote pour discerner la proportionnalité arithmétique et géométrique dans la matière sociale (2).

L'égalité naturelle, étant une vérité mathématique et indiscutable comme telle, c'est surtout la seconde qui attirera l'attention des hommes, fait dont le passage précité de Platon nous est la meilleure preuve. Car, en réalité,

(1) Ihering l'appelle *égalité externe*, et la première *égalité interne*. — *Zweck im Recht*, trad. de la 3^e éd. all. par Meulenhare, 1901, p. 244. — Cmp. Demogue, *op. cit.* p. 123.

(2) V. *infra* § 9.

l'égalité sociale se décompose comme nous venons de le voir, en deux éléments : d'une part la proportionnalité — une autre évidence mathématique — d'autre part, détermination des nombres d'après un certain principe que l'arithmétique ne nous enseigne pas. Et c'est dans lui, dans ce principe mystérieux que se trouve l'énigme de notre Justice, le problème du Droit et de l'organisation sociale tout entier. Les développements qui suivent nous le montreront suffisamment.

La « vraie et parfaite égalité » consiste donc dans un critérium attribuant à chacun ce qu'il mérite, ce qu'il vaut, ce dont il se compose réellement en tant qu'entité mesurable. Et c'est par cette idée que la Justice était définie au cours de l'histoire. Platon nous dit parmi les premiers que la justice n'est autre chose que l'égalité établie entre les choses inégales, conformément à leur nature (1), et à un autre endroit qu'elle « rendra donc à chacun ce qui lui est dû » (2). L'idée a été encore très clairement exposée par les stoïciens, disciples de son contemporain Zénon, disant que la justice consiste à « rendre à chacun ce qui lui convient, ce qui lui revient » (3). Mais l'homme qui a donné à la définition de la justice sa forme la plus complète et définitive, semble-t-il, est Aristote. La justice, d'après lui, est la vertu qui attribue à chacun selon sa dignité (4). Ces

(1) Platon, *Les lois*, liv. VI, p. 318.

(2) Platon, *République*, I, IV.

(3) cf. Senn F. *De la Justice et du Droit*, 1927, passim.

(4) cf. Lapie P. *De justitia apud Aristotelem*, Lutetia 1902, p. 66.

définitions, produit du génie grec se sont, descendant le cours des âges, perpétuées plus tard à travers le Droit Romain. Elles ont reçu, il est vrai, des modifications plus ou moins heureuses, mais la pensée fondamentale, d'attribuer à chacun selon son mérite, reste dominante. Ainsi Cicéron définit la justice (1) : « *Justitia est habitus animi, communi utilitate conservata, suam cuique tribuens dignitatem* ». La définition antique de la justice la plus connue est toutefois cependant celle d'Ulpien : « *Justitia est constans atque perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi* » (2), définitions reproduites aux *Institutes* de Justinien (3), et traduite par les anciens auteurs français disant « justice est la volonté ferme et pardurable qui rend à chacun sa droiture » (4). Il faut noter pourtant que les définitions léguées par Rome, à l'exception de celle de Cicéron, ont commis — en traduisant le mot dignité par celui de droit — un malentendu fertile en discussions, malentendu d'un caractère simplement verbal mais qui n'a pas tardé à produire des conséquences fâcheuses en rendant obscure la matière (5). En tout cas, c'est cette notion de justice qui nous est parvenue par l'intermédiaire du Moyen-Age. Dante la qualifiait *homi-*

(1) Cicéron, *De inventione*, pp. 2, 53, 160.

(2) Ulpien, *Digesta*, I, *De justitia et jure*, I.

(3) *Institutiones*, lib. I. tit. I., *de justitia et jure* : *Justitia est constans atque perpetua voluntas jus suum cuique tribuens*. — Sur les définitions romaines cf. surtout, Senne, *op. cit.*

(4) *Conseil de Pierre de Fontaine*.

(5) cf. Volansky, *op. cit.* pp. 154, 155. — Voir, *infra* § II.

nis ad hominem proportio (1), Montesquieu « un rapport de convenance » et tous les auteurs modernes sont d'accord pour la considérer comme une chose qui n'est plus sujette à aucune discussion. Les mots *suum cuique tribuere* ont cristallisé en eux les idées de tous les temps sur la substance de cette vertu et c'est à la base de cette formule consacrée que nous allons entreprendre l'analyse de la notion de justice (2).

La justice est donc une vertu qui attribue à chacun le sien. Une vertu, c'est-à-dire une qualité, une disposition permanente de l'âme qui doit être appliquée constamment dans la vie — *virtus in usu sui tota posita est* (3). C'est donc une volonté et un concept (4), mais c'est d'abord un concept et après une volonté. Or, pour pratiquer la vertu il faut posséder d'abord le concept, il faut savoir, avant d'attribuer à chacun le sien, qu'est-ce qui revient, qu'est-ce qui appartient à une certaine personne. C'est là que se trouve le cœur de notre sujet et la grande énigme du droit. Problème vraiment angoissant qui tourmente l'esprit de l'homme depuis l'origine des so-

(1) Dante, *De Monarchia*, L. II, c. 5, cité par G. Del Vecchio, *La Giustizia*, 2^e éd. Bologne 1924, p. 6.

(2) Cf. Lévy-Ullmann, *Eléments d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques*, I, *La définition du droit*, 1917, p. 10. — cf. Lévy-Ullmann, *L'obligation et le contrat dans le premier quart du xx^e siècle*, Cours de doctorat 1927-1928, Paris, pp. 147, 149. — Tourteulon, *op. cit.* pp. 558, 571. — Pour les conceptions un peu différentes sur la justice, mais qui, à l'analyse, aboutissent à la même solution, *adde* : Epicure, dans *Diogène de Laërte*, L. X. § 150, trad. Zévrot ; Spencer, *Justice*, p. 45.

(3) Cicéron, *De republica*, II, 2.

(4) Cf. Lévy-Ullmann, *Cours de doctorat*, 1927-1928, p. 149.

ciétés. Hésiode chantait avec beaucoup de raison que les dieux immortels ont baigné de sueur la route de la vertu (1).

Il est évident par conséquent que la justice n'est pas une notion dernière, une catégorie dans le sens philosophique du mot. Il existe donc quelque chose de plus haut, un critérium plus élevé dont la justice n'est que la fonction ou la mise en pratique. Et, en effet, l'idée du juste, c'est l'idée d'une chose bien « ajustée » à une autre, l'idée de l'adaptation parfaite liée intimement à une conception de finalité — adaptation d'une chose à sa fin (2).

En définitive, si nous désirons posséder une notion claire et précise de la justice, nous sommes astreints à connaître le *sum*. Pour connaître le *sum* cependant, dans tous les cas présentés, il nous faut une mesure définitive et stable de toutes les quantités mesurables. Pourquoi un homme a-t-il le droit de dire à un autre homme : vous devez me donner cela, vous devez faire cela, vous ne devez pas faire cela ? Voilà de quoi il s'agit au fond ! Il ne faut jamais perdre de vue que le mot *sum* exprime ce qu'Aristote, les Stoïciens et Cicéron appellent la dignité — *dignitas*.

(1) Hésiode, *Les Travaux et les Jours*.

(2) Cf Cuchè P. *Conférences de philosophie du droit*, 1928, p. 35. — Demogue, *op. cit.* pp. 119, 132. — Leleu, *Le christianisme et la justice*, 1907, p. 111. — Ripert G. *Droit naturel et positivisme juridique* (Annales de la Faculté de Droit d'Aix) 1918, p. 36. — Savatier H. *La théorie moderne du capital et de la justice*, 1898, p. 35. — N.-B. du reste l'expression « droit » évoque la même association d'idées,

En somme l'idée de justice n'est qu'une vertu, une règle de conduite, la conduite étant l'ordonnance, l'adaptation des actes à des fins déterminées, « quand on a posé un premier principe on peut l'appliquer avec justice », dit M. Demogue (1). Il importe donc de rechercher ce principe supérieur, ce critérium dernier à la base duquel nous procéderons au jugement de valeur, ce principe dont la justice n'est qu'un corollaire. Tout cela pour lui donner l'objectivité et l'autorité d'une règle, sans quoi elle ne restera qu'un vain mot. Or, de tout ce que nous venons de dire, il s'ensuit que ledit principe ne peut être cherché que dans une idée dernière au-dessus de laquelle il n'y a rien, dans une idée finale en un mot. « La justice implique en effet une solution préalable du problème des fins » (2). Dans le même sens est interprétée encore la fameuse définition romaine de la jurisprudence, que M. Senn traduit textuellement : « La jurisprudence est, étant connues les choses divines et humaines, la science du juste et de l'injuste » (3).

(1) Demogue, *op. cit.*, p. 131, *adde*, p. 132. — cf Spencer, *Les bases de la Morale évolutionniste*, ch. 13.

(2) Cuhe, *op cit*, p. 35. — *Adde*, Geny, *Science et Technique*, II, pp. 354, 393 ; III, p. 84.

(3) Senn F. *Les origines de la notion de Jurisprudence*, 1926, pp. 25, 27, 42, 44, 48, les italiques dans le texte sont de nous. — Ulpien, *lib. I, Regul D, I, I, De justitia et jure*, 10, 2 : *Jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justī atque injusti scientia*. — *Adde* : Kleinfeller, *op. cit.* p. 14. — Péritch J. *La volonté des particuliers comme créatrice de droits privés* (Dans la *Revue trimestrielle de droit civil*, 1929 t. I). En même sens Sénèque, *Epistola*, 95.

Cependant cette connaissance des choses divines et humaines a été et reste toujours très arriérée, semble-t-il. Ainsi le feu, dit Aristote (1), brûle tout aussi bien et dans nos contrées et en Perse, tandis que les lois humaines sont un changement perpétuel. « Dans une société où les castes existent, la justice consiste à traiter chacun selon sa caste, le brahmane en brahmane, le paria en paria... », constate Lévy-Bruhl (2). Et les boutades amères de Montaigne et de Pascal ne font qu'augmenter notre doute et notre détresse.

« Voilà donc bien des désillusions que nous a provoquées notre justice : « Une notion qui perd de sa valeur en analyse » (3), et qui perd « sa fermeté primordiale » (4), une notion qu'une rivière borne, une justice plaisante ! Mais non ! Tous ces reproches, justifiés en eux-mêmes, sont mal adressés : ce n'est pas la définition classique de justice qui en est la vraie destinataire. Au contraire, la célèbre formule d'Aristote a un double mérite inestimable. Elle a défini d'abord notre idée d'une manière irréprochable du point de vue de la logique : grâce à elle la justice est devenue une notion formelle, partant capable d'englober toutes les variations internes et elles seulement, et il ne faut pas oublier que les notions formelles sont la source fondamentale de notre entendement. Le second mérite, qui n'est pas moindre, est

(1) Aristote, *Morale à Nicomaque*, p. 165.

(2) Lévy-Bruhl, *op. cit.*, p. 216.

(3) Ripert, *op. cit.* pp. 11 et suiv.

(4) Geny, *Science et Technique*, II, pp. 391, 393.

d'avoir posé notre problème sur un terrain très fécond pour les recherches ultérieures. Nous n'ignorons pas maintenant que la clé du problème est dans la détermination de la dignité, du *suum*, et pour le moment cela nous suffit. Si la solution dernière recule, la faute n'en est pas à Aristote. C'est l'impuissance de notre esprit qui ne peut rien définir, vu que même dans les sciences les plus exactes, telles que les mathématiques, rien n'est susceptible d'être défini : les notions dernières, *genus proximus* et *differentia specifica* échappent totalement à notre esprit (1). Le fait, du reste, a été aperçu par Aristote qui dit expressément : « ...elle — la justice — est éminemment la complète vertu, *parce qu'elle est elle-même l'application d'une vertu complète et achevée* » (2).

Ainsi la prétendue définition n'est qu'une excellente méthode pour poser le vrai problème qui est celui du fondement du droit et des buts finals : la formule *suum cuique* est simplement un heureux point de départ.

En définitive, l'idée de justice s'analyse en une règle de conduite et la conduite étant une ordonnance des moyens vers des fins déterminées, nous sommes fatalement amenés à examiner ces fins, le but de notre conduite. Quel est donc ce but ? La réponse à la question ne peut être cherchée que soit dans la nature morte qui

(1) Sur les définitions comme sources d'entendement et sur leur valeur pratique, cf. Beudant, *op. cit.* p. 17.

(2) Aristote, *Morale à Nicomaque*, p. 133. Les italiques dans le texte sont de nous. Pour la doctrine d'Aristote avec plus de détails, voir *infra*, § 9.

nous englobe comme une espèce de *genus proximus*, soit dans nous-mêmes qui, quoique parties de la Nature, en différons considérablement par cette qualité-étrange qui se nomme la vie. Nous procédons donc à l'examen de deux problèmes, connus sous les noms du finalisme transcendant et du finalisme humain.

§ III. — LE FINALISME TRANSCENDANT

En réalité il n'y a que l'atome et le vide ;
en réalité nous ne savons rien ; la
Vérité gît au fond du puits.

HIPPOCRATE.

Le mot de finalisme transcendant évoque en nous l'idée du domaine le plus vaste où s'exerce la pensée humaine, celui de la métaphysique. Conséquence du besoin irrésistible de notre esprit qui nous pousse à atteindre le principe absolu, la métaphysique a pour tâche la recherche des connaissances premières et des premières causes : c'est l'éternel *quid divinum* qui agite l'humanité pensante vers la grande solution. Quelle est la cause, quelle est la fin dernière de l'Univers, voilà la question ! — Faute de compétence et vu la tâche principale de notre étude nous n'avons point la prétention de nous engager dans ces spéculations subtiles où les esprits les plus puissants ont trouvé une richesse inépuisable de problèmes. La seule chose que nous demandons à la discipline des principes premiers, c'est la réponse à la question suivante : est-ce que l'Univers, en tant qu'entité

observable — nous avons besoin d'un critérium qui ne sera pas sujet à la moindre discussion — et en tant que genre prochain des êtres vivants, nous peut suggérer la fin que nous cherchons pour régler notre conduite, c'est-à-dire pour trouver une base à la justice ?

L'examen de la Nature nous montre que la route des corps célestes suit des circuits fermés plus ou moins réguliers ; nous constatons que la terre tourne autour d'elle-même et autour du soleil, les autres planètes en font autant et on suppose que le soleil de son côté partage les mêmes destinées. Quel est le but de tout cela ? Le ciel ne nous donne aucune réponse. Si nous regardons ce qui arrive sur la terre, nous apercevons que « Tous les fleuves entrent dans la mer, et la mer n'en regorge point. Les fleuves retournent au même lieu d'où ils étaient sortis pour couler encore » (1). A quoi bon tout cela et quel en est le but ? Ou, avant tout, il faut se demander, semble-t-il, y a-t-il un but en général ? Or, d'après tout ce que nous assurent notre expérience et notre raison, il s'ensuit qu'on ne peut constater rien de pareil dans la Nature. Faisons une dernière épreuve et interrogeons les relations qui existent entre la nature et ses phénomènes par rapport aux êtres vivants. Ici encore on constate que la Nature ne fait pas de discriminations. Tout arrive également à tous, dit l'Ecclesiaste (2), au juste comme à l'injuste, au net et au souillé ; l'inno-

(1) *L'Ecclesiaste*, I, 7.

(2) *IX* 2.

cent est traité comme un pêcheur. Les dons de la nature sont communs aux bons et aux méchants (1).

Rien ne nous autorise donc à conclure à l'existence d'une fin déterminée dans la nature et encore moins à savoir quelle est cette fin, la seule chose que nous pouvons y remarquer étant une certaine causalité des phénomènes. Les objets inanimés obéissent inconsciemment aux lois mécaniques et physiques et celles-ci n'existent que par les objets sur lesquels elles s'exercent.

Attribuer un but à la nature est en réalité une maladie de la pensée humaine, connue sous le nom de l'erreur anthropocentrique ou anthropomorphique. Les hommes, créatures bornées par le temps, s'imaginent être le centre de l'Univers, supposant que toutes leurs qualités doivent être communes au monde extérieur. Quelqu'un a dit que si un triangle pouvait concevoir Dieu, il l'aurait imaginé à la forme du triangle (2).

La notion de but est ainsi une pure création de l'homme, un produit de son esprit éminemment influencé par les éléments psychologiques. Nous nous trouvons obligés de constater ainsi que la nature externe est une entité *atéleologique* et par cela même *amorale*. En consé-

(1) *Imitation*, III, 55.

(2) Le même phénomène nous apparaît relativement à la notion du temps : celui-ci n'existe en effet que pour les êtres éphémères, pour les hommes comme pour l'herbe des champs. La science physique se refuse de plus en plus à affirmer que le temps existe comme une chose en soi.

quence, elle est incapable de nous fournir soit un but, soit une règle de conduite (1).

Quant à une finalité suprasensible, c'est une question qui n'est pas du domaine de la science. Si nous étions convaincu de l'infailibilité de notre raison, il est vrai que par les opérations rationnelles nous pourrions poursuivre notre recherche. Mais nous savons que notre raison pure est impuissante à connaître la vérité. Comment saurons-nous qu'il y a conformité entre la connaissance et la réalité de ce qui est connu, que nos impressions sont adéquates aux objets eux-mêmes, que nous percevons toutes les attributions des objets existants ? Notre esprit est impuissant à nous expliquer l'essence des choses, l'être en soi, *Ding an sich*. Nous pouvons prendre connaissance du *phénomène* jamais du *noumène*. Lorsque nous ne pouvons pas être assuré ainsi de l'exactitude même de ce qui est observable, comment prétendrons-nous l'être à plus forte raison de ce qui est en dehors de toute observation ?

Il faut se résigner donc à la pensée que la nature des choses ne nous permet pas de conclure à l'existence d'une fin absolue et transcendante, c'est-à-dire qui existerait en dehors de nous et qui partant serait capable de régler autoritairement notre conduite. *Naturam finem nullum*

(1) Cf. Bunge, *op. cit.* pp. 223, 228. — Capitant R. *L'Illicite* (Thèse Paris 1928), pp. 17, 18, 27. — Gide Ch. *Justice et Charité* (dans la *Morale sociale*, 1899). — Jovanovitch S, *O Drzavi*, 3^e éd. 1922, Belgrade, p. 69. — Lagorgette J. *Le fondement du droit et de la morale*, Thèse Dijon 1907, p. 38. — Tourtoulon, *op. cit.* pp. 8, 25.

siabi præfixum habere et omnes causas finales nihil, nisi humana esse figmenta (1).

§ IV. — LE FINALISME HUMAIN

Il nous reste cependant un autre espoir pour découvrir la règle de conduite dans un but qui sera la base de notre justice, base que la nature inanimée se refuse à nous donner. L'expérience nous montre en effet que toutes nos actions raisonnées sont la conséquence d'un but quelconque que nous nous proposons d'atteindre. Il est impossible de concevoir une seule action d'un être raisonnable qui ne serait pas commandée par un but, par une *causa finalis* (2). Mais, il faut le bien remarquer, toutes ces fins poursuivies ne sont pas capables de nous suggérer rien de précis pour assigner une direction rationnelle à notre conduite. Ces fins particulières, appelées les fins intermédiaires, peuvent être également bonnes et mauvaises, justes et injustes. Un criminel préparant son assassinat agit en vue de sa fin de la même manière qu'un laboureur qui se prépare le matin à tra-

(1) Spinoza, *Ethica ordine geometrico demonstrata* I. 26. — Cf. Bunge, *op. cit.* p. 66. — Charmont *La renaissance du droit naturel*, p. 60. — Cornil, *Le droit privé*, 1924, *passim*, Pascal, *Pensées*. « ...Rien n'est vrai, en l'entendant du pur vrai... »

(2) Capitant H. *De la cause des obligations*, 3^e éd. pp. 17, 19, 21. — Ihering, *L'évolution du droit*, trad. Meulenaere, pp. 1, 3. — Schopenhauer, *Ethique, droit et politique*, trad. A. Dietrich, 1909, p. 122. — Vaccaro, *Les bases sociologiques du Droit et de l'Etat*, trad. J. Gaure, 1898, p. 456.

vailler son champ ou une dame qui va faire ses charités. Ce qu'il nous faut, c'est une fin supérieure, la fin dernière vers laquelle les autres seront ordonnées et d'après laquelle elles seront qualifiées de justes ou d'injustes. La conception d'une telle fin est une nécessité de notre existence spirituelle, une exigence légitime de notre raison et de notre âme. La notion du but *s'impose* donc à nous comme un impératif logique et psychologique à la fois. Et le fait que nous l'attribuons même à la nature morte n'est qu'une manifestation de son existence et de sa puissance. En vérité, si dans l'Univers qui nous entoure on ne peut remarquer aucune tendance vers un but dernier, l'homme et l'humanité, comme les phénomènes d'un ordre spécial, peuvent le posséder, vu surtout leur substance éphémère par excellence (1).

Ainsi toute loi faite par l'homme n'est qu'une hypothèse fondée sur certaines précisions, un *moyen* tendant à atteindre certaines *fins*. Telle a été l'opinion du grand Domat, qui dit expressément : « ...les lois de l'homme

(1) L'idée est développée dans la poésie *Das Göttliche* de Goethe :

Denn unführend	Nur allein der Mensch
Ist die Natur :	Vermag das Unmögliche :
Es leuchtet die Sonne	Er unterscheidet,
Über Böes' und Gute,	Wählet und richtet ;
Und dem Verbrecher	Er kann dem Augenblick
Glänzen, wie dem Besten,	Dauer verleihen...
Der Mond und die Sterne.	

La thèse est d'ailleurs empruntée à l'Écriture, d'après laquelle le soleil, indifférent à toute préoccupation de justice, se lève également sur les bons et sur les méchants.

ne sont autre chose que la démarche de l'homme vers sa fin. Pour découvrir donc les premiers fondements des lois de l'homme, il faut connaître quelle est sa fin, parce que sa destination à cette fin sera la première règle de la voie et des démarches qui les conduisent, et par conséquent sa première loi et le fondement de toutes les autres » (1).

Le premier point, celui du besoin d'un finalisme humain, paraît être acquis de la sorte et il nous faut à présent connaître sa nature. Dans cet ordre d'idées nous apercevons comme caractère général de nos actions raisonnées que toutes tendent à nous procurer quelque chose que nous ne possédons pas et dont nous avons besoin. Cela nous montre que la cause de nos actions est toujours un *manque* que nous éprouvons. *Le but de toutes nos actions est ainsi la suppression d'un manque* que la fin intentionnelle tend à combler. « ...Le véritable terme initial est le manque et il y a finalité quand le manque oriente la série des causes vers l'acquisition de ce qui manque..., le désir est le sentiment de manque... » (2). La cause finale n'est donc autre chose que l'appétit humain. Et l'histoire tout entière n'est qu'une démonstration de ce fait que nous venons de dégager. Un exemple

(1) Cf. Lucien-Brun, *Introduction à l'étude du droit*, pp. 47, 48. — Adde : Tanon, *L'évolution du droit et la conscience sociale*, 2^e éd. 1911, pp. 173, 176. — Worms, *Philosophie des Sciences sociales*, I. pp. 44, 104.

(2) Goblot, *La logique des jugements des valeurs*, ch. III, p. 32. — Adde, Volansky, *op. cit.* p. 380.

suffira pour l'illustrer : pendant *l'exil* du peuple d'Israël, un prophète, le grand Anonyme, prêcha la « justice eschatologique » (1) dont le but suprême et la récompense seront la grâce auprès du Jahvèh qui rendra au peuple la *terre*. Napoléon disait que tous les peuples luttent afin de conquérir ce qui leur manque.

Suivant cette méthode et en l'appliquant à l'homme, nous devons chercher quel est son manque le plus essentiel pour pouvoir conclure en même temps quelle est sa fin intentionnelle principale d'après laquelle les autres seront dirigées. Le postulat, l'affirmation de l'existence des besoins chez les hommes, étant d'une évidence indiscutable, nos efforts doivent se concentrer pour trouver ce besoin dernier qui commande à tous les autres. — Tout, l'expérience, la raison, la science, les sentiments, tout nous montre que l'être animé tend à se conserver et que l'instinct de persister dirige tous nos besoins de la façon la plus impérieuse — c'est là un fait qui n'a jamais été contesté et sur l'évidence duquel on tombera facilement d'accord. Par l'observation des besoins et par leur induction, nous constatons de la sorte que la fin de toutes les actions est en dernière ligne la *conservation de l'être*, ce qui montre par le même coup notre manque fondamental qui est *l'instabilité vitale des êtres animés*. En d'autres termes, l'homme se trouve par le jeu du temps

(1) *L'eschatologie* est la science des choses dernières, telles que la mort, la résurrection, le jugement dernier. — Cf. Kœnig, *op. cit.* pp. 19, 20.

et par la formation de son organisme dans un véritable état d'amoindrissement constant (1).

Le manque essentiel de l'homme et des organismes en général est donc l'instabilité de leur substance actuelle et par conséquent leur fin dernière est nécessairement la conservation et la stabilisation de l'être. Comme corollaires nécessaires du principe de conservation, nous devons déduire les deux qualités suivantes : la tendance des organismes à se perpétuer et le désir qui les pousse à se perfectionner, à s'augmenter, en vue de mieux résister à l'amoindrissement. L'inexistence est le plus grand de tous les maux.

Nous sommes ainsi amené à formuler le fameux principe spinoziste d'après lequel *tout être tend à persévérer dans son être et à l'augmenter le plus possible* ; ce qui tend à persévérer en soi c'est l'essence actuelle de l'être. — Cet effort de persévérer en soi est donc la cause finale, la fin dernière, le but de notre conduite, la base qui nous servira à discriminer le juste et l'injuste et par cela à servir de direction aux lois positives.

D'une part donc la persistance de l'être, d'autre part son progrès, son augmentation, telles sont les fins capitales de notre existence : les fins que nous verrons n'être pourtant que des formes vides ne pouvant nous fournir aucun élément stable et définitif, mais qui sont capables de se remplir d'un contenu très varié et contingent par excellence. La cause de cet état de choses se trouve dans le milieu physique qui nous entoure en conditionnant

(1) « La vie de l'homme sur la terre est un combat perpétuel et ses jours sont comme les jours d'un mercenaire ». Job, VIII.

notre existence et qui est sujet à un continuuel changement. Par nos qualités vitales, nous sommes astreints à nous *adapter* au milieu, qui est de son côté un changement perpétuel, produit du jeu fatal des forces cosmiques. Ce qu'on appelle progrès n'est autre chose que l'adaptation de l'être au milieu et on ne saurait attribuer en conséquence au mot progrès aucun sens absolu et définitif : le progrès ne peut exister que par rapport à un état de choses déterminé et immuable — dès que cet état est soumis aux modifications, le sens du progrès doit changer automatiquement. Ainsi Vaccaro voit dans le principe d'adaptation la loi fondamentale de la vie sociale, tout en reconnaissant, ce qui est évident du reste, que ce principe lui-même est dicté par l'instinct de conservation (1).

(1) Spinoza, *op. cit.* III, 6 : *Unaqueque res, quantum in se est, in suo esse perseverare conatur.* — Dans la terminologie de Spinoza, la substance est ce qui est en soi et qui est conçu par soi. L'être est égal à sa substance, III, 7 : « *Conatus, quo unaqueque res in suo esse perseverare conatur, nihil est præter ipsius rei actualém essentiam* ». — L'effort par lequel toute chose s'efforce de persévérer dans son être n'est rien autre que l'essence actuelle de cette chose. — Cmp. Anthony, *La Force et le droit. Le prétendu droit biologique*, 1917, pp. 40, 65, 86. — Bentham, *Principes de législation*, trad. Et. Dumont, p. 3. — Courcelles-Senneuil, *Préparation à l'étude du droit*, 1887, pp. 379, 383, 425, 432. — Spencer, *Les bases de la morale évolutionniste*, ch II. — Ihering, *La lutte pour le droit*, trad. Meulenaere, p. 23. — Mirnesco, *L'idée du Droit et l'Ecole anglaise*, thèse Paris 1905. pp. 30, 36, 203.

Vaccaro, *op. cit.*, pp. 23, 24 : « ...la vie dans toutes ses manifestations, n'est autre chose qu'une continuelle *adaptation* des relations internes aux relations externes ; un genre spécial d'équi-

Le principe spinoziste est, on peut l'affirmer, universellement admis et a été par la suite développé surtout de la part des philosophes allemands, qui en ont tiré les conséquences logiques extrêmes par une inclinaison si propre au génie allemand. C'est comme une ligne d'ascension qui, partant de Spinoza et passant par Schopenhauer et Nietzsche, atteint son sommet dans l'amoralisme sentimental et égoïste de Max Stirner. Stirner nous dit en effet : « *Je ne mets ma cause en rien, je mets ma cause en moi-même, moi qui suis mon tout, moi l'Unique...* ». L'Egoïste est à lui-même son parti, sa patrie, son être suprême » (1).

Cependant c'est l'adhésion au principe des auteurs juridiques qui nous intéresse en l'espèce. Et parmi ceux-ci figure avant tout le grand nom de Ihering, qui a fait des buts intermédiaires, concentrés dans le principe spinoziste, la règle suprême du droit. « Dans le domaine du droit, rien n'existe que par le but, et en vue du but, le droit tout entier n'est qu'une unique création du but » — et il déclare : « C'est le moi scientifique tout entier » (2-3).

libre instable, dépendant des forces extérieures... le degré de la vie correspond nécessairement au degré de ces forces... ». — adde, pp. 46, 47, 64, 452, 453. — Sur la même question Cf. l'ouvrage cité et très suggestif de M. Anthony, notamment les pp. 105-175. — adde, Jovanovitch, *op. cit.* pp. 69, 71.

(1) Stirner M., *L'Unique et sa propriété*, trad. Lasvignes, pp. 3. 15. — Cf. Lagorgette, *op. cit.* pp. 24-27.

(2) Ihering, *Zweck im Recht*, trad. Meulanære, pp. 291. VIII, adde, pp. 2, 3, 5, 8, 16, 17. — Cf. Charmont, *op. cit.* pp. 86, 87. — Jossierand, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, 1928,

On a fait à la doctrine de Ihering plusieurs reproches dont le principal est formulé par M. Tourtoulon dans les termes suivants : « Le subtil ouvrage de Ihering *Der Zweck im Recht* nous présente ce défaut capital de confondre continuellement la fin et la fonction. Il y a cause finale quand nous *réalisons* (1) nos désirs d'autrefois et non lorsque nous en sommes la dupe et que nous ne ferions pas ce que nous faisons si nous connaissions l'avenir » (2). En d'autres termes on reproche à Ihering de n'avoir pas tenu compte du phénomène nommé la loi d'hétérogénéité des fins, ou de la métamorphose des fins. Et en vérité le but poursuivi par nous est très souvent soit manqué, soit transformé, soit complètement changé ; conséquence de nos prévisions jamais infaillibles, les résultats de nos actions sont très rarement conformes à nos intentions premières. Une autre raison bien plus importante à laquelle est dû le phénomène de la substitution des fins est de nature psychologique : par le fait de l'évolution, notre idéal, notre but changent constamment et la fin désirée par le législateur d'aujourd'hui

pp. II, 1, 3. — Lévy-Ullmann, *Eléments d'introduction générale*, I, pp. 103 et suiv.

(3) Il a été souvent remarqué que l'*Esprit des lois* ne recherche pas le fondement du droit ; Montesquieu se contente des causes secondes et moyennes. Cf. Beudant, *op. cit.* pp. 38, 39. — Le même reproche a été fait à Bentham, qui, dit-on, dans son *Traité de législation* ne s'occupe que des fins subalternes. Ainsi Cuche, *Conférences de la philosophie de droit*, p. 19. — A notre avis, l'objection n'est pas justifiée. Cf. à ce propos Bentham, *Principes de législation*, p. 3.

(1) Les italiques sont de nous.

(2) Tourtoulon, *op. cit.* p. 40.

d'aujourd'hui ne sera jamais celle du législateur de demain. « Il restera toujours entre la coupe et les lèvres un intervalle considérable..., on ne descend jamais deux fois dans le même fleuve, disaient les Grecs » (1).

On objecte encore au finalisme humain, par la conception matérialiste de l'histoire en particulier, qu'il n'est en réalité qu'un *épiphénomène*, dicté par le cours naturel des choses.

Ces objections sont contradictoires, l'une exclut l'autre, et elles montrent qu'aucune des deux n'est justifiée. En fait, la loi de l'hétérogénéité des fins prouve d'une part que la volonté humaine n'est pas toute puissante dans la création des faits sociaux, d'autre part que les résultats voulus sont souvent atteints, donc que la finalité exerce une influence sur le cours des choses et que sans elles certains faits, même ceux non voulus, ne seront aucunement produits (2).

Quant à la société organisée, elle est de même un être qui tend à persévérer en soi — la preuve suffisante en est l'existence du droit — et par conséquent le principe de conservation est applicable à elle également. L'humanité fin en soi de Kant, la vie de la société de Ihering et de Tanon, la coexistence des hommes de Vaccaro, l'ordre dans la société de M. Geny, l'harmonie sociale de M. Bonnacase, *pacem quærere et persequere* de Hobbes — toutes ces expressions qu'est-ce qu'elles

(1) Tourtoulon, *op. cit.* p. 42 ; *adde*, pp. 40, 41.

(2) Cf. Gomperz, *Les penseurs de la Grèce*, trad. Reymond, T. II, *passim*. — Tanon, *op. cit.* pp. 176, 179. — Tourtoulon, *op. cit.* p. 43.

signifient; sinon l'application à la société du principe spinoziste ? (1).

S'il s'agissait de hiérarchiser ces deux entités vitales, l'individu et la société, il nous semble que c'est l'individu qui devrait l'emporter. En effet, la société est une simple conséquence de l'existence individuelle et celle-ci est son élément créateur et primordial. La société n'existe que pour permettre le plus grand développement de l'individu, elle est une simple union pour la vie et notre esprit ne peut concevoir que ce groupement atteindra un jour les qualités vitales d'un organisme naturel, pour pouvoir être traité comme égal ou supérieur à lui, Elle ne reste pas moins pourtant une condition indispensable pour la vie individuelle plus complète et nous la traiterons comme un être, quoique en réalité elle ne soit qu'un être dérivé (2).

A côté de l'instinct de conservation, et comme son complément nécessaire, nous avons constaté chez les créatures animées la tendance à se perfectionner et à s'augmenter. Conséquence de la diminution constante

(1) Bonnecase, *Introduction à l'étude du droit*, p. 17. — Bonnecase, *La notion du droit en France au XIX^e siècle*, p. 9. — Bourgeois L. *Solidarité*, 3^e éd. 1902, p. 126. — Geny, *Science et Technique*, I, p. 51. — Hobbes, *Leviathan*, chap. XIV. — Ihering, *op. cit.* pp. 94, 169, 337. — Kant, *op. cit.* pp. 43, 44. — Stammler, *op. cit.* pp. 29, 602. — Tanon, *op. cit.* p. 180. — Vaccaro, *op. cit.* p. 452. — Volansky, *op. cit.* p. 381, 383.

(2) L'exactitude de ces observations est démontrée d'une façon frappante par les sociétés animales — il suffit de rappeler la fourmière et la ruche. Ses organismes ne fonctionnent que pour permettre une existence individuelle plus stable.

de l'être et de la désharmonie toujours grandissante entre lui et le milieu ambiant, cette dernière tendance consiste dans la plus grande participation à la vie, dans la somme la plus élevée possible des sensations vitales. La grande sensibilité, qui est la manifestation la plus parfaite de la vie, ne paraît pas appartenir cependant à la catégorie du plaisir exclusivement. Ce serait plutôt le contraire et, pour se servir de la terminologie de Spinoza, la joie d'avoir augmenté son être est très souvent le résultat d'un sentiment de douleur. *Eritis sicut Deus, scientes bonum et malum* — telle est la promesse de la Genèse.

La conclusion qui s'impose à nous de tout ce qui précède est ainsi la suivante : le but final de l'individu et de la société est d'abord leur conservation et ensuite leur progrès ou leur augmentation. En conséquence, la règle de notre conduite doit se conformer à ce double but : conserver et perfectionner notre propre être en harmonie avec l'existence de la société. Tout ce qui s'accommode de ladite règle doit être considéré comme juste. — Voilà donc le critérium dernier d'après lequel le jugement de valeur aura lieu, et grâce auquel il sera possible de déterminer la dignité ou le mérite d'une personne. Nous sommes à présent dans la possession de cette *mesure d'unités* qui permettra de former le *suum* d'un individu. Nous avons trouvé la base à la Justice, la source et le fondement des droits.

§ V. DE LA DÉTERMINATION DE LA DIGNITÉ

Nous avons dit précédemment que la justice est une vertu qu'il attribue à chacun selon son mérite, selon sa

dignité. Et nous avons démontré de même que pour connaître le mérite d'un individu, il est nécessaire de posséder un critérium de valeur. De ce que nous venons de dire il découle que ce critérium se trouve dans le principe de persistance des êtres. Maintenant, il nous faut procéder à l'examen de la manière par laquelle notre principe s'applique dans la vie sociale, en d'autres termes comment se mesure et détermine le *suum*, la dignité d'un individu.

De la terminologie que nous avons employée jusqu'ici, il s'ensuit que la dignité d'une personne est en somme le prestige, la priorité dont elle jouit par rapport à une autre personne. Et vu la formule spinoziste que nous avons démontrée et adoptée, il découle nécessairement que ledit rapport est réglé en général par le principe de la plus grande capacité de vivre et de se développer. C'est-à-dire qu'une personne dont les facultés vitales sont plus grandes est plus digne qu'une personne possédant ces qualités dans une moindre mesure. En effet, supposons deux individus dont les intérêts entrent en conflit ; il est naturel et nécessaire que celui-là l'emporte qui est le plus capable pour la vie, qui est, disons le mot, plus fort. Telle est la loi universelle de la persistance des forces, qui, en soi, n'est ni morale, ni immorale — la notion de la moralité n'apparaît qu'avec la société. Et à la vérité, nous avons raisonné jusqu'ici en ayant en vue deux individus à l'état isolé, comme deux quantités de force purement naturelles. Mais à présent, nous voyons entrer en jeu un élément nouveau d'une extrême importance : la société. Le conflit entre deux individus

n'intéresse maintenant les deux parties engagées exclusivement, mais de même un facteur nouveau, une force de plus. Et si nous reprenons l'hypothèse de conflit entre nos deux individus, il devient clair, que cette fois celui-là va emporter du côté duquel la société va se ranger — et elle se rangera du côté de la partie dont l'intérêt est plus conforme à l'existence sociale. Cependant, il ne faut pas perdre de vue que cette existence exige, en principe, la protection de l'intérêt individuel majeur.

La différence capitale entre les deux situations présentées est dans le fait qu'à l'état isolé, c'est le libre jeu des forces brutes et naturelles qui détermine la dignité, le droit d'une partie, tandis que dans l'autre cas — qui seul nous intéresse — c'est la société qui approuve la priorité d'un intérêt, l'importance d'une force. C'est elle, conduite par son intérêt bien entendu, qui reconnaît et donne approbation par le droit à certaines formes des forces individuelles en délimitant leur puissance.

Dans la vie sociale ce n'est pas à l'individu qu'il appartient de mesurer ses facultés vitales, ni celles des autres pour instituer les rapports de droit, c'est à la société à le faire. Ainsi nous concluons, que le droit n'est pas la force, mais la consécration, la canalisation sociale des forces individuelles.

La force représente de la sorte dans notre conception non point une supériorité simplement biologique, mais une supériorité sociale. La supériorité biologique brute est une quantité d'énergie vitale opposée sous un rapport direct à une autre quantité d'énergie : c'est le rapport en vertu duquel les gros poissons mangent les petits. La

supériorité sociale est une quantité d'énergie vitale qui fait partie en même temps et des individus intéressés et de la société, un rapport entre les individus par l'intermédiaire de la société : c'est le rapport en vertu duquel un meunier résiste à Frédéric le Grand.

Comment la société se conduira-t-elle dans l'appréciation des forces, à quelle force donnera-t-elle la priorité ? — Les solutions lui seront dictées par le principe de conservation, c'est-à-dire par la loi d'adaptation en dernière ligne. Soucieuse toujours de son existence, elle s'efforcera d'apprécier les forces en tenant compte de ses intérêts vitaux — principe dans l'application détaillée duquel nous ne pouvons pas entrer ici (1). La chose la plus importante à noter cependant est que cette appréciation des forces, grâce aux modifications constantes des conditions vitales, sera dans un changement perpétuel, dans une oscillation incessante. C'est-à-dire qu'une même force brute n'aura pas toujours la même importance pour l'humanité. En d'autres termes, nos mérites, notre droit et notre Justice sont d'un caractère *essentiellement variable* ; l'évolution du droit en est la meilleure preuve (2).

(1) Toutefois il est très caractéristique de rapprocher le fait que chez Homère les symboles de la Justice — Eidôla, Kêres, Moires, sont en même temps les *démons de la Nécessité*. V. *Odyssée*, III. — Adde, Ihering, *Zweck im Recht*, p. 93 : « La Justice, en effet, n'est autre chose que ce qui convient à tous, ce qui assure l'existence de tous » et *ibid*, p. 156 : « L'idée de justice représente l'équilibre imposé par l'intérêt de la société ».

(2) Cf. *infra* § 10.

Donc, quand nous parlons de la force, nous ne l'envisageons pas uniquement dans l'état brut, telle qu'elle se trouve dans la nature libre ; notre force c'est le pouvoir cru modifié par les considérations sociales (1). On peut ainsi, à la rigueur, distinguer deux catégories de forces : la première catégorie embrassera tous les avantages purement naturels, tels que force physique, intelligence, capacité de travail, cas fortuit favorable, etc., et l'autre les avantages créés par le groupement social, tels que droit d'hérédité, condition inégale d'enfants légitimes et naturels, noblesse, etc.

Nous arriverons aux mêmes conclusions en utilisant la méthode inverse. Jusqu'à présent nous descendions de la source du droit au droit, maintenant nous remonterons du droit vers sa source. Si nous analysons les rapports entre mari et femme, père et enfants, employeur et ouvrier, d'une manière générale entre le créancier et le débiteur, nous verrons en dernière ligne que l'existence de tous ces rapports et leur nature elle-même sont dues à la grande loi naturelle d'inégalité. Un rapport de droit ne peut naître qu'entre les personnes se trouvant dans des conditions inégales, entre personnes dont l'une domine l'autre de quelque côté que ce soit (2). Et ces conditions sont, nous venons de le voir, d'ordre soit natu

(1) C'est la force organisée, par opposition à la force inorganisée, disait Ihering, *Zweck im Recht*, p. 169.

(2) Cf. Bunge, *op. cit.* pp. 62, 63, 236, 237. — Lévy-Ullmann, *Eléments d'introduction générale*, I, pp. 18, 21. — Lévy-Ullmann, *Cours de doct.*, 1926-1927, p. 150. — Ripert, *Abus ou relativité des droits*, 1929, p. 34.

rel, soit artificiel, c'est-à-dire créées par la société. Celle-ci en évoluant, en s'adaptant aux conditions nouvelles de la vie, donne la prépondérance à la force plus conforme à l'intérêt général. Ainsi le fait qu'un principe juridique est remplacé par un autre, très souvent opposé, prouve seulement que la société dans le cas présenté donne une valeur différente à un certain phénomène, que la conception de force a changé dans l'esprit du milieu. Comme exemples, peuvent nous servir l'interdiction et la permission successives de la recherche de la paternité, la toute-puissance et la limitation des volontés individuelles dans la formation des contrats. M. Cruet dit avec beaucoup de vérité : *le droit ne domine pas la société, il l'exprime* (1).

Le phénomène qui préside à cette suprématie de la force plus grande — qui reste toutes les *opera operata*, la source dernière du droit — est la loi naturelle d'après laquelle toute force incline à s'étendre dans l'espace. Les Athéniens avaient déjà remarqué, suivant Thucydide, que « partout où il y a puissance, une nécessité fatale veut qu'il y ait domination : le plus faible doit obéir au plus fort ; c'est une loi que nous n'avons pas établie et qui durera après nous, car elle est éternelle ». Nous trouvons la même idée dans l'enseignement chrétien, qui fait de la force une des quatre vertus cardinales : « Obéissez à vos chefs... *omnis potestas a Deo* » (2). Chez l'homme cette force est incarnée dans son énergie vitale qui tend

(1) Jean Cruet, *La vie du droit et impuissance des lois*, 1908, p. 336

(2) *Ep. Pauli ad Hebr.* XIII, 17.

à se manifester surtout par l'intermédiaire des objets matériels. Ainsi la force de l'homme se mesure d'après la puissance d'action qu'il peut exercer sur les choses qui deviennent de la sorte un élément de son être. Le cri de Shylock : « Vous m'enlevez ma vie, si vous m'enlevez les moyens par lesquels je vis », est l'expression d'une profonde vérité. Le principe a été d'ailleurs formulé par Spinoza qui dit : « *Jus naturale est ipsa naturæ potentia ; unumquodque individuum jus summum habet ad omnia quæ potest* », et Schopenhauer reproduit la même pensée en disant que le droit n'est autre chose que la mesure de la puissance de chacun (1).

Mais lorsqu'on fait aujourd'hui à la force la place qui lui revient dans le droit, elle ne doit être considérée comme une apologie de la violence. Notre force est une force vitale purifiée par les considérations morales de l'humanité : ce n'est plus la même force au moyen de

(1) Spinoza, *Tractatus theologico-politicus*, XVII. — *Ibid*, II, 8 : « *Unusquisque tantum juris habet quantum potentia valet* ». — Spinoza, *Ethica*, IV 37 : « *Imo quia uniuscujusque jus virtute seu potentia uniuscujusque definitur* ». — Spinoza, « La vie est la force par laquelle les choses persévèrent dans leur être » (dans l'*Appendice* contenant ses méditations métaphysiques, 117). — Schopenhauer, *op cit*, pp. 76, 79. — Adde : Bunge, *op. cit.* pp. 171, 172. — Bourgeois L., *Solidarité*, p. 117. — Demogue, *op. cit.* p. 123 : « Il y a dans la société un intérêt à conserver les biens ou à les développer proportionnel à la valeur de ceux-ci ». — Hobbes, *Leviathan*. c. XIV. Ihering, *La lutte pour le droit*, trad. Meulenaere, p. 46 : « ...la propriété n'est que la périphérie de ma personne étendue aux choses » : *ad.* p. 47. — Péritch, *op. cit.* p. 14. — Tourtoulon, *op. cit.* p. 574. — Vaccaro, *op. cit.* p. 46. — Vareilles-Sommières, *Les principes fondamentaux du droit*, 1889, p. 212.

laquelle Hercule emmena avec lui les bœufs de Geyron sans les avoir achetés (1). Le rôle de la force bien comprise dans le droit est d'ailleurs reconnu par une grande majorité d'auteurs et les discussions qui malgré cela en résultent toujours, tiennent presque toutes à un malentendu d'ordre purement terminologique (2).

Avant de terminer cette partie essentielle de notre travail, nous croyons nécessaire de nous arrêter à une question qui se rattache étroitement au problème de la force. C'est l'idée de la sélection par les lois. En principe tout rapport de droit est un instrument de sélection par lequel le plus fort domine le plus faible par une certaine qualité. Cependant la question que nous nous proposons de résoudre ici est un peu différente. On demande si le législateur ne devrait pas par sa puissance augmenter encore d'une manière artificielle la condition déjà avantageuse des individus privilégiés par la nature ? Vu le principe de la force physique et la loi de sélection telle qu'elle est communément conçue et comprise, la réponse ne

(1) Platon, *Gorgias*.

(2) Il est évident du reste que nous ne traitons pas la question bien moins discutée de la force — sanction — Cf. l'ouvrage extrêmement intéressant de Anthony R., *La Force et le Droit ; le prétendu droit biologique*, Paris 1917, pp. 13-80. — Adde : Bunge, *op. cit.* p. 253. — Demogue, *op. cit.* pp. 4, 5. — Fouillée A. *L'idée moderne du droit*, 6^e éd. 1909, Préface. — Ihering, *Zweck im Recht*, pp. 164, 169, 279, 280. — Le Fur, *Le positivisme juridique et les doctrines de M. Duguit*, Cours libre professé à la Faculté de Droit de Paris en 1929-1930. — Ripert, *L'idée de droit en Allemagne et la guerre actuelle* (dans la Revue internationale de l'enseignement, T. 69, 1915), pp. 169, 183. — Vaccaro, *op. cit.* pp. 249, 426.

paraît guère être douteuse : elle ne saurait être qu'affirmative. Mais cette manière de raisonner serait trop simpliste. Nous avons vu d'abord que l'existence des êtres animés ne peut s'identifier à celle des éléments inanimés. De plus les premiers sont sujets à la loi d'adaptation et plus ils se sélectionnent, plus ils se spécialisent en perdant de la sorte progressivement leur capacité d'adaptation pour les milieux nouveaux, en un mot plus vite ils marchent vers l'extinction. Pratiquer la sélection parmi les hommes serait donc un mauvais service que le législateur rendrait et aux individus et à la société elle-même. Tout au contraire, comme nous le verrons, la loi protège de plus en plus les faibles, elle travaille même contre la sélection naturelle : on se rend compte aujourd'hui que chaque individu si faible soit-il, représente une force vivante qui peut être utilement employée aux fins de la société. La sélection aveugle détruit les éléments utilisables, tandis qu'une bonne politique les cultive. Ainsi, au lieu d'exterminer les déshérités, au lieu de les exclure du banquet de la vie, on les secourt et on les fortifie, afin qu'ils puissent payer leur « cotation sociale » (1).

Concluons. La force reste l'élément primordial, créateur du droit et c'est pour cette raison que nous lui laissons son nom originaire. Mais par l'évolution de l'humanité la notion de la force s'est ennoblie et elle englobe à présent tous les éléments de la vie sociale, ce qui compose

(1) Cf. Anthony, *op. cit.* p. 188. — Dejarnac, *Justice et Charité*, 1904, p. 64. — Lagorgette, *op. cit.* p. 291. — Adde, *infra*, § 7, 13.

l'intérêt bien entendu de la société toute entière. Et en effet, il nous semble qu'il n'y a pas de différence de principe entre les Gaulois de jadis disant « nous portons notre droit sur les pointes de nos épées » et entre nos majorités électorales et parlementaires actuelles (1). Plus une société se civilise, plus elle se spiritualise et l'importance de la force brute va en décroissant. De même qu'on a dit de l'argent que c'est le travail cristallisé, de même on peut dire que les droits sont les forces cristallisées par la société.

Finalement, dans notre conception, la force serait la supériorité des moyens de vivre socialement reconnus. Ainsi les moyens vitaux reconnus par la société à une personne constituent sa dignité, son *suum*. La justice est alors la vertu qui attribue à chacun selon sa force vitale approuvée par la société. Le mot de A. France que la justice est la sanction des injustices établies, doit être remplacé par celui que la justice est la sanction des inégalités établies (2).

(1) « Considérez pourtant, mon cher amiral, que jamais mieux qu'aujourd'hui le droit ne s'est identifié à la force, de par les parlements et les majorités ». — Claude Farrère, *Les Civilisés*.

(2) A. France, *Crainquebille*. — Adde, A. France, *L'Île des pingouins* : « Ne voyez-vous pas ce furieux qui coupe avec ses dents le nez de son adversaire terrassé, et cet autre qui broie la tête d'une femme sous une pierre énorme ? ». — Je les vois. Ils créent le droit ; ils établissent les principes de la civilisation, les bases des sociétés et les assises de l'Etat. — V. en même sens, Spencer, *op. cit.* p. 313.

§ VI. — LA JUSTICE ET L'UTILITÉ.

Nous avons vu dans le paragraphe précédent que la substance du droit et de la justice est dans la force bien comprise. Pour mieux éclairer cette notion de justice il nous paraît nécessaire de la comparer aux deux autres qui semblent être rigoureusement opposées, utilité et charité : la vérité se trouve nécessairement entre deux extrêmes.

Ce qu'il s'agit de connaître avant tout, c'est le rapport qui existe entre les notions de justice et d'utilité. Sont-elles dispartes, contraires, analogues ou identiques ? Ou mieux, tout d'abord, il faut se demander qu'est-ce que l'utilité ? Les dictionnaires nous enseignent qu'on qualifie d'utile ce qui peut nous rendre un service, ce qui est apte à satisfaire un désir, ce qui est conforme à une règle d'action préétablie. Ainsi on qualifie la vérité elle-même comme une chose utile — *quidquid honestum est utile*, dit Cicéron. Il s'ensuit donc que l'utilité n'est qu'un rapport existant entre un moyen et sa capacité d'atteindre un résultat voulu ; en sorte qu'un même objet peut être utile relativement à une fin, inutile par rapport à une autre, ou même nuisible. Par conséquent, il faut conclure que l'utilité n'est pas un bien en soi, une qualité absolue des choses — « elle n'est pas un attribut propre, mais une relation de conformité » (1).

Et en ce sens, une fois adopté le principe de conserva-

(1) Beudant, *op. cit.* p. 170 ; *ad.* pp. 168, 173, 179, 183. Beudant est l'un des rares auteurs juristes qui ait logiquement analysé la notion de l'utilité.

tion de l'individu et de la société, l'utile sera tout ce qui est conforme à cette fin, utile et juste désignent une même chose.

Il est vrai cependant que ce sens rigoureusement logique de l'expression « utilité » a été bien rarement appliqué par les auteurs juristes, fait dont le fruit fut l'hésitation et les tâtonnements des écrivains les plus remarquables (1). Il faut bien reconnaître pourtant que le malentendu est cette fois encore dû surtout à une terminologie trop fluide, dans laquelle même de nos jours le mot utilité sert souvent de synonyme à l'égoïsme dans le sens péjoratif du mot. La question sera, d'ailleurs, discutée d'une façon plus détaillée dans le chapitre consacré à l'Ecole utilitariste.

Cependant, ce qui reste acquis en tous cas, c'est que l'idée de justice ne peut rien gagner en clarté par la comparaison à l'utilité, qui, elle-même, n'est qu'une qualité relative des choses, une idée seconde.

(1) Rapp. Geny, *Science et Technique*, I, pp. 19, 20 ; II, p. 366. La vérité du reste n'a point échappé à M. Geny, qui dit expressément : « A parler net cependant, nous absorbons l'utilité dans la justice, en vue de rattacher à un idéal supérieur le principe de solution des conflits d'intérêts et il paraît préférable, si l'on veut maintenir cet idéal dans sa pure intégrité, de laisser à l'idée du juste le privilège d'en remplir exactement le contenu ». — *Ibid*, pp. 50, 51, Il semble donc que c'est simplement la tendance hautement idéaliste qui fait opter M. Geny pour l'expression « justice ». — *Adde* : Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil* (définition du droit). — Lagorgette, *op. cit.*, p. 114. — Lévy-Ullmann, *Eléments d'introduction générale*, I, p. 23. — Littré, *La science au point de vue philosophique*, 1873, pp. 341, 342. — Sorel A., *Introduction au Livre de centenaire du Code Civil*, p. XXVII.

§ VII. — LA JUSTICE ET LA CHARITÉ.

Bien plus féconde est la relation entre la justice et la charité : ici nous sommes en présence de deux notions qui s'opposent en quelque sorte, qui font partie en conséquence d'une même substance. En effet, tandis que la justice est la vertu qui attribue à chacun ce qui lui est dû, la charité est une vertu qui attribue à autrui ce qui ne lui est pas dû. Pour rester fidèle à notre terminologie, nous dirions que la charité est le renoncement aux avantages naturels et sociaux, par conséquent, la diminution volontaire de son propre être en faveur d'un autre. Une vertu dont l'application rigoureuse serait donc dangereuse pour l'existence même de l'humanité. Mais calmons-nous, ce danger est encore trop loin pour nous inspirer des inquiétudes : dans l'application de cette vertu les hommes n'ont jamais commis d'excès.

Trouvant son fondement dans l'amour, la charité est vraiment la vertu suprême, dernière, complète et achevée ; sa systématisation parfaite est énoncée dans l'enseignement chrétien et nous la traiterons dans le paragraphe suivant. Ici, à titre d'exemple, nous ne touchons qu'une seule doctrine sur la charité, très intéressante, celle du philosophe de Frankfort (1).

Le grand pessimiste part du postulat que la vie est bonne pour les hommes, mais que les êtres supérieurs, les dieux, s'y refuseraient. La négation complète de la

(1) Schopenhauer, *Ethique, Droit et Politique*, trad. A. Dietrich, Paris 1909. — Schopenhauer, *Le fondement de la morale*, Paris 1888. Adde, Baets, *op. cit.*

volonté de vivre devrait être ainsi la règle suprême de notre conduite. C'est la grande négation qui fait le fond de la pensée indienne. C'est là, un principe qui, au point de vue de la métaphysique et de la morale spéculative paraît fort justifié, mais qui — l'auteur le reconnaît lui-même — ne peut s'appliquer à l'humanité. En effet, nous l'avons vu, la négation de la volonté de vivre est un antipode de la doctrine spinoziste qui constate comme phénomène fondamental l'affirmation de cette volonté. — Quant à la morale pratique, et comme conséquence de ses principes philosophiques, Schopenhauer enseigne le *panthéisme vital*, une sorte d'universalité des souffrances. La justice et la charité s'expliquent, d'après lui, par la pitié qui elle-même a sa source dans l'*identité des êtres* (1). Il faut sympathiser avec la nature entière, possé-

(1) « La multiplicité, la division n'atteint que le phénomène et c'est un seul et même être qui se manifeste dans tout ce qui vit. Aussi n'est-ce pas quand nous supprimons toute barrière entre le moi et non-moi, que nous nous trompons ; c'est bien plutôt dans le cas contraire. Aussi cette façon de voir, les Hindous la nomment *Maïa*, c'est-à-dire apparence, illusion, fantasmagorie. L'autre, comme nous l'avons vu, fait le fond même du phénomène de la pitié, la pitié n'en est que la traduction en fait. Ce serait donc là la base métaphysique de la morale ; tout se réduit à ceci : un individu se reconnaîtrait lui-même et son être propre, en un autre... ». — Schopenhauer, *Le fondement de la morale*, p. 188, et plus loin, p. 192 : « Un homme fait l'aumône, il ne songe ni de près, ni de loin, à rien autre chose qu'à diminuer la misère qui tourmente ce pauvre. Eh bien, cet acte serait impossible, s'il ne savait qu'il est cet être même, qui lui apparaît sous cette forme déplorable, s'il ne connaissait enfin son propre être intime, dans cette apparence étrangère. Et voilà pourquoi, dans le chapitre précédent, j'ai appelé la pitié le grand mystère de l'éthique ».

der une compassion sans borne à l'égard de tous les êtres vivants — car la différence entre celui qui cause la souffrance et celui qui la subit est seulement dans le phénomène : tout cela est un seul être, une seule volonté de vivre qui s'identifient dans les grandes souffrances. Tel est le fond de l'éthique de Schopenhauer, de laquelle la sympathie, la pitié et la charité ardentes devraient découler nécessairement. Aucun des philosophes modernes ne s'est plus rapproché par ses résultats pratiques de la pensée chrétienne. En cette matière, Nietzsche est l'antipode de Schopenhauer : il qualifie la pitié de faiblesse, affirmant que les époques fortes ne connaissent pas l'amour du prochain, ce qui nous permet de constater à notre tour que l'humanité n'a jamais eu d'époques faibles. — Somme toute, pour le philosophe pessimiste, c'est la souffrance universelle qui est à la base de la charité.

Mais nous avons l'intention d'envisager ici le problème sous un angle bien plus pratique. Nous étudierons la charité dans ses conséquences, comme une tendance utilitaire, le plus souvent inconsciente, rendons-lui cet hommage.

Par un acte de charité nous prêtons secours à autrui, nous augmentons ses forces vitales au détriment des nôtres. Lorsqu'un homme se prive de l'un de ses six manteaux en faveur de son ami qui n'en possède aucun, il diminue insensiblement ses forces vitales, tandis qu'il augmente par le même acte considérablement celles de son heureux ami. La charité ne serait ainsi qu'une plus heureuse répartition des richesses faite sous l'empire de l'amour du prochain et par laquelle la somme des

forces vitales dans la société se trouve augmentée. Écoulons à ce propos ce que dit M. Gide : « ...si notre science était parfaite, il n'y aurait pas dans tout ce vaste monde, un seul brin d'herbe, pas un grain de sable, non, pas un microbe, qui ne pût avoir quelque utilité et faire quelque bien. Et c'est l'art de charité, art divin, que de découvrir dans tous les déchets de la vie, la vertu cachée, la paillette d'or, qui pourra être frappée en bonne monnaie et servira à payer la cotisation sociale » (1). On pourrait alors, croyons-nous, appeler la charité à juste titre la métaphysique de l'utile.

Le point capital qui nous intéresse cependant est le rapport existant entre la justice et la charité. Il est évident, tout d'abord, qu'entre ces deux vertus n'existe aucune différence de nature ; toutes les deux consistent à attribuer quelque chose à autrui : la justice, ce qui est commandé par la conscience sociale, la charité, ce qui est commandé par la conscience individuelle, supposée supérieure à la première ; la première n'est en effet qu'un degré de la seconde. « La charité commencée est la justice commencée, la charité grandissante est la justice grandissante, la charité parfaite est la justice parfaite », disait saint Augustin.

La sphère de la justice est donc englobée dans celle de la charité et c'est par là que la justice puise son contenu. Les actes de charité pratiqués constamment et en masse finissent par créer une nouvelle mentalité morale et

(1) Gide Ch., *Justice et Charité*, dans *la Morale Sociale*, Paris 1899, p. 199.

sociale, une nouvelle et plus parfaite conception de justice (1). La barrière qui sépare la justice de la charité n'est point immuable, elle se déplace en sorte que la justice s'élargit sans cesse en englobant le champ de la charité. Ce qui était hier un acte de charité, est aujourd'hui du domaine de la justice et sera peut-être demain l'élément du droit positif. En effet, quelle différence entre la justice des sociétés primitives et celle des peuples civilisés ! (2).

« La justice est le frein de l'humanité, la charité en est l'aiguillon », dit admirablement V. Cousin (3). La charité parfaite rend donc inutile et notre justice et notre droit, elle est au fond la réparation des inégalités de toute sorte et elle est encore plus, c'est « une mère qui garde pour elle seule le travail, les douleurs et les peines ».

Mais comme force sociale elle est trop faible pour régler d'une manière autoritaire les rapports entre les hommes : ceux-ci ont besoin de la force physique coercitive pour rendre à autrui même ce qui lui appartient ! La justice, et le droit à plus forte raison, sont tolérés de

(1) « Chaque règle de justice est un beau cristal aux formes géométriques..., et peu à peu les cristaux grossissent dans l'eau-mère qui les baigne : c'est la charité qui les nourrit ». — Gide, *op. cit.* p. 214.

(2) « On a qualifié l'historien de prophète à rebours ; on pourrait qualifier de même le théoricien du droit de moraliste à rebours. La théorie du droit serait ainsi la morale à rebours. ». — Schopenhauer, *Ethique, Droit et Politique*, p. 7.

(3) Cousin, *op. cit.* p. 69.

la sorte « non à titre de bien suprême, mais à titre de moindre mal » (1).

§ VIII. — LA CONCEPTION DE LA JUSTICE

DANS LA DOCTRINE CHRÉTIENNE

Étant donné que nous nous sommes proposés d'étudier l'idée de justice telle qu'elle se présente à nous en qualité de réalité sociale, il est impossible de ne pas tenir compte de deux éléments spirituels qui dans la formation de cette réalité ont joué des rôles capitaux. D'une part, en effet, l'hérédité que nous a léguée l'antiquité, d'autre part, la pensée chrétienne ont tellement imprégné nos esprits, qu'on ne saurait guère concevoir la civilisation actuelle privée de ces deux courants moraux (2).

Mais avant d'aborder l'étude de la conception chrétienne de la justice, il est, toutefois, nécessaire de ne pas perdre de vue la circonstance suivante : l'esprit antique et le christianisme ont le plus souvent travaillé dans le même sens à la formation de notre fond moral. Les doctrines antiques les plus notables ne diffèrent presque en

(1) Platon, *République*. — Adde : Boistel, *Cours de philosophie du Droit* ; 1899, 2 vol. I, p. 51. — Charmont, *Le droit et l'esprit démocratique*, 1908, pp. 92, 93, 185. — Daganet, *Justice et Charité*, 1904, pp. 46, 59. — Gide, *op. cit.*, 201, 202, 211, 212. — Janet P., *Histoire de la science politique*, 1913, 2 vol. II, p. 308, 309. — Voir *infra*, § §. 10 et 20.

(2) Cf. dans le même sens : Cuche, *Conférences de philosophie du droit*, p. 40. — Geny, *Méthode d'interprétation*, II, pp. 132, 133. — Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 1925, *passim*. — Savigny, *Traité de droit romain*, trad. Guenoux, 1840, T. I, p. 50.

rien de la conception chrétienne fondamentale. Les Pères de l'Eglise qualifiaient avec raison Platon et Cicéron — ces *animæ naturaliter christianæ* — les précurseurs de la pensée chrétienne. A la vérité, entre l'amour de Platon, l'amitié de Cicéron et le sentiment religieux de Sénèque d'une part, et les préceptes chrétiens correspondant, de l'autre, il n'y a pas de différence de principe.

Pour aborder l'étude de la conception chrétienne de la justice, il faut posséder, au préalable, une notion générale sur l'ensemble de la doctrine. Car, étant donné que c'est un système moral complet et achevé, où toutes les notions sont hiérarchisées, il est peu recommandable d'en aborder l'étude sans avoir une vue générale sur le tout. Or, d'après l'enseignement chrétien, l'homme est fait pour connaître et atteindre Dieu, son souverain bien : ce doit être la fin dernière et unique de sa vie et de ses actions, c'est là pour lui sa raison d'être. Et l'homme ne peut atteindre Dieu que par l'amour envers lui et envers ses semblables. L'amour doit être donc la loi suprême de sa conduite. En effet, toute la morale chrétienne n'est qu'une sublime apologie de l'amour : *Hoc est præceptum meum ut diligatis invicem* — mon précepte, c'est que vous vous aimiez les uns les autres (1).

Et c'est l'amour qui engendre la charité, la charité qui est la plus excellente des trois vertus théologales, les deux autres étant la foi et l'espérance : de même que le corps sans l'âme, ainsi la foi est morte sans charité (2).

(1) St Jean, XV, 12.

(2) I, *Ep. Pauli ad Corinth*, 13.

Et encore notre charité est toujours imparfaite. Par nos actions charitables nous ne faisons que rendre ce que nous avons reçu : « C'est le pain des affamés que vous retenez, c'est le manteau de ceux qui sont nus que vous cachez dans vos armoires... », rappelait saint Ambroise aux riches (1). Tandis que Dieu est le seul être qui puisse faire des dons véritablement gratuits, car n'ayant rien reçu, il peut tout donner : *Dieu est charité par son essence même*.

Lorsqu'on parle de la justice chrétienne par conséquent, il faut avoir en vue toujours cette relation étroite existant entre justice, charité et amour, qui tous ne sont que les moyens pour atteindre Dieu. La justice chrétienne parfaite s'identifie avec la foi, et avec Dieu lui-même — *justitia dei revelatur in illo, sicut scriptum est : Justus ex fide vivit* (2). L'aumône est un devoir de charité par rapport au pauvre, mais un devoir de justice par rapport à Dieu — c'est ainsi que dans la conception chrétienne l'idée de Justice vient se fondre dans celle de la Charité : dans la croyance chrétienne, la formule *sum cuique* se vide de tout son contenu, étant donné que tout ce que nous possédons est dû aux autres par le fait que nous l'avons reçu de Dieu qui est l'amour et la charité par excellence. — En somme c'est une image magnifique de réparation des inégalités humaines, sociales

(1) *Sermo 64, de Tempore.*

(2) *Ep. Pauli ad Rom. 117.* — Adde, Heinrich Deuifle O. P. *Quellenbelege, Die abendaendischen Schriftausleger bis Luther über Justitia Dei und Justificatio*, Mainz 1905. — St Mathieu, V. 6.

et naturelles, en vue d'augmenter l'être de l'humanité, comme l'aurait dit Spinoza.

Cette justice charitable est le principe de la prospérité sociale ; c'est par elle que l'humanité va progresser.

Il y a plus de bonheur à donner qu'à recevoir — *beatius est dare quam accipere* (1).

Voilà donc une conception parfaite de la justice, une vision splendide des réalités, un symbole magnifique de nos destinées. Et qu'est-ce que nous attendons encore ? Il nous semble qu'il y avait plus de résignation dans la voix du Christ que de promesses quand il disait que son royaume n'est pas de ce monde.

Ce type parfait de la justice est entré dans nos sociétés où il n'est devenu qu'un des facteurs de la formation de notre idée de justice existant réellement. Il est arrivé ce qu'il se produit lorsqu'on verse du nectar dans une masse énorme de vin ordinaire : le nectar a perdu de sa force primitive et de sa pureté originelle, mais le vin s'est ennobli (2).

§ IX. — LA CONCEPTION DE LA JUSTICE DANS L'ANTIQUITÉ.

Nous ne traiterons ici, sous le nom d'antiquité, que des conceptions courantes sur la justice en Grèce et à

(1) *Act.* XX. 35.

(2) Cf. sur la conception chrétienne de la justice : *Prov.* VIII. 15, 16. — Bouvier Le R. P. *Justice et Charité*, 1895, p. 15. — Dejar-nac, *op. cit.* p. 18. — Domat, *Les lois civiles*, chap. 1 et 3. — Feitu, *Domat et sa conception philosophique du droit*, 1869, pp. 6, 24. — Janvier, *op. cit.* III, 6. — Janet P. *op. cit.* pp. 308, 309. — Lucien-Brun, *op. cit.* Préface. — Leleu, *op. cit.* p. 6. — Suarez F. *Tractatus de legibus ac deo legislatore 1719, Lib II*, cap. XI § 2 et suivants.

Rome. Car, d'une part, ce sont la pensée grecque et la pensée latine qui ont condensé en elles le patrimoine spirituel des anciennes civilisations et d'autre part, en tant que facteurs historiques, c'est exclusivement sous leur influence que la notion moderne de justice s'est trouvée formée. Et encore nous envisagerons particulièrement que les doctrines d'Aristote et de Cicéron qui sont en cette matière les deux plus illustres représentants du génie antique.

C'est à Aristote qu'on doit la première analyse approfondie de la justice en même temps que définitive, nous n'hésitons pas à l'affirmer. Le livre V de la *Morale à Nicomaque* et le livre II de la *Grande Morale* sont en effet pour la science de la justice ce que sont les *Eléments d'Euclide* pour la géométrie (1).

Dans la conception du grand réaliste, et à la différence des écoles philosophiques courantes, la justice ne tire son origine ni de Dieu, ni des lois, mais de la nature. Le juste est un milieu et une égalité relativement à une certaine chose et à certaines personnes ; c'est une égalité dans les rapports (2). Et si nous supposons les deux personnes égales, hypothèse réalisée en principe dans les échanges, pour que la justice soit réalisée il suffit que les choses échangées aient une valeur égale. C'est la *justice commutative* qui se trouve exprimée dans une proportion simplement arithmétique.

(1) Aristote, *La Morale*, 3 vol. trad. par J.-B. Saint-Hilaire, Paris 1856. — Adde; Lapie, *De justitia apud Aristotelem*, Lutetia 1902

(2) *Morale à Nicomaque*, livre V, p. 142.

Bien plus intéressante et plus compliquée, en même temps que de beaucoup plus importante, est l'autre espèce de la justice, la *justice distributive*. Ici on suppose que les deux personnes, entre lesquelles un certain partage doit s'effectuer, ne sont pas égales et, par suite, les parts respectives ne doivent pas être égales non plus. Pour que le partage soit juste dans ce cas là, il faut que les parts soient proportionnées aux mérites des personnes : ainsi la part A doit se rapporter à la part B comme la personne C à la personne D. Les deux parts ne sont donc pas absolument égales comme dans le cas précédent, mais elles le sont proportionnellement : nous nous trouvons en présence d'une proportion géométrique (1).

Le juste est donc quelque chose de proportionnel, la *proportion étant un milieu naturellement nécessaire*. Par conséquent la justice est une science qui attribue à chacun suivant son mérite.

Et c'est là que commence l'embarras et les discussions — tout le monde ne fait pas résider le mérite dans les mêmes choses, et à plus forte raison que chez une personne déterminée le mérite ne reste pas toujours identique. Une fois de plus Aristote nous a donné ici une direction précieuse : la dignité, le mérite d'une personne se compose de la matière et de la forme, la forme du mérite étant représentée par les facultés spirituelles et la matière par les facultés corporelles et la possession des choses extérieures. La dignité de l'homme varie non seulement si la forme, mais aussi si la matière de la vertu change :

(1) Cf. Bunge, *op. cit.* p. 45. — Janet P., *op. cit.* p. 188.

non seulement si les facultés spirituelles s'améliorent ou déclinent, mais de même si les forces corporelles et la richesse matérielle de la personne augmentent ou diminuent. Par dessus tout, le critérium d'après lequel se mesure la dignité est essentiellement instable (1).

Aristote nous a démontré ainsi une fois de plus que la justice, en tant que concept rationnel, n'est qu'un cadre vide qui peut être rempli par un contenu très variable ; il nous a fait voir que la forme de la justice est une pour tous les temps, mais que la matière en est sujette à des changements incessants. Un rapport concret n'est juste qu'entre deux personnes déterminées et considérées dans un moment donné (1).

En passant sur le terrain de la justice appliquée, Aristote fait une discrimination rigoureuse entre le juste strictement légal et le juste absolu qu'il nomme l'« honnête ». La nature de l'honnête, dit-il, c'est précisément de redresser la loi là où elle se trompe à cause de la for-

(1) Nous croyons utile de reproduire ici quelques phrases essentielles extraites de l'ouvrage de M. Lapie déjà cité se rapportant à la notion aristotélicienne de la justice : « ...*Proportione geometrica vel arithmetica recte scripta, scio quid agam. Sed quo pacto proportionis illæ recte scribuntur ? quos numeros inscribam ? hoc natura nos non docet...* » (p. 45). — « ...*Quod in ethicis æternum, quod mutabile est Aristoteles ita separavit ut etiam nunc diversam sententiam immerito sequemur. Hoc est mutabile quod ad dignitatem et indignitatem hominum pertinet... Neque iisdem viris eadem dignitas semper manet... Et dignitatem nostram et rationem qua hanc æstimamus quotidie mutamus. Itaque cum justitia ad dignitatem spectet, eadem manere scientia juris non debet... Sed illud est æternum quod jubet communia inter homines pro dignitate cuiusque dividi* » (p. 69).

mule générale qu'elle doit prendre. La même fonction est attribuée par notre auteur à l'équité, qui sera examinée avec plus de détails dans le chapitre suivant (1).

Il ne faut pas croire cependant que la doctrine aristotélicienne sur la justice ait été adoptée universellement en Grèce. En effet, elle n'est elle-même qu'une heureuse synthèse des opinions philosophiques régnantes en la matière dans les pays helléniques. D'une part l'idéalisme platonicien avec ses notions innées, d'autre part l'utilitarisme d'Epicure et le positivisme à outrance d'Archelaüs, pragmatisme de Carnéade et le scepticisme se sont trouvés exprimés et représentés dans la synthèse magistrale d'Aristote qui leur donna par son génie la marque définitive.

Quant à la notion de justice à Rome, ayant d'en aborder l'étude, il est nécessaire de faire une importante réserve. L'idée de la justice à Rome est très intimement liée à celle de l'équité et leur rapport réciproque est une matière controversée et délicate dont nous réservons l'étude détaillée pour le chapitre suivant. Ici, à titre d'indication; nous ne parlerons que de la conception de la justice telle qu'elle existait dans la doctrine de Cicéron, dans la doctrine du représentant indiscutablement le plus autorisé de la philosophie du droit à Rome.

Avant Cicéron et surtout au début de la vie juridique romaine, la notion de justice est primitive et étroite. C'est juste ce qui est prescrit par les lois. Mais peu à peu

(1) *Ethique à Nicomaque*, V. pp. 167, 183, 186. — *La Grande Morale*, II, pp. 113, 115.

les conceptions morales se sont perfectionnées, le sens juridique s'est affiné et une notion nouvelle de la justice s'est fait jour. Et l'homme qui par son talent, par la vigueur et l'éclat de son style prèta un élan nouveau et rajeuni aux conceptions grecques sur le droit naturel et sur la justice, fut Cicéron.

Fils spirituel de la philosophie hellénique, disciple de Platon, de Carnéade et des Stoïciens surtout, il représente de même qu'Aristote en cette matière une sorte de synthèse des doctrines souvent opposées par leur fond. Cicéron partait de ce postulat qu'une force divine a gravé dans nos cœurs certaines notions, telles que la religion, la piété, la vérité. Le droit naturel n'est point fondé ainsi sur une opinion, mais sur la raison qui elle-même n'est que le reflet de la nature (1).

La vertu qui constitue l'*honestas* a quatre parties : la prudence, la justice, la force et la tempérance. La justice est une disposition de l'âme qui, sans blesser l'intérêt général, rend à chacun ce qui lui est dû (2). Nous devons respecter l'homme dans sa personne et dans son patrimoine qui n'est que l'extention de sa personnalité — principe stoïcien par excellence — et c'est le devoir de la justice d'en tenir compte. Toutefois, il ne faut pas négliger l'intérêt général auquel la justice doit être soumise et avec lequel elle s'identifie en pratique.

(1) Cicéron, *De legibus*, I, 10.

Plus tard, en disciple fidèle de l'école, Sénèque dira : « *Quid est ergo ratio ? naturæ imitatio... ratio autem nihil aliud, est quam in corpus humanum pars divini spiritus mersa* ». — *Epist.* 7, 4 (66).

(2) *De inventione*, II, 53 ; *De finibus*, V, 23.

Le vrai fondement de la justice est dans la bonne foi qui est la vérité constante des choses dites et convenues. Pour être juste il ne suffit pas de s'attacher à la lettre de la législation positive, il faut bien distinguer *natura* et *lex*. La loi positive ne suffit pas à remplir le contenu de la justice, celle-ci embrasse encore tout ce que commande la conscience, la bonne foi — *est enim aliquid quod non oporteat etiamsi licet*. La bonne foi doit être érigée en une règle générale pour tous les rapports sociaux (1).

Cette tendance différenciant le droit — *quod oporteat* — et la loi — *quod licet* — ne fait que s'accroître de plus en plus dans les travaux des jurisconsultes postérieurs. Gaius dira : *ratio civilis jura naturalia corrumpere nequit* — Paul : *regula est quae rem quae est breviter enarrat ; non ex regula jus sumatur, sed ex jure quod est regula fiat* (2). Ulpien fera dériver même le mot *jus* de *justitia* prenant ainsi le contre-pied de la vérité étymologique et historique (3). Mais c'est à Cicéron qu'appartient la gloire d'avoir le premier et le plus énergiquement travaillé à l'établissement de cette différence capitale ; grâce à lui la lumière de la philosophie grecque a

(1) Cf. Accarias, *Précis de droit romain*, 4^e éd., pp. 1, 2. — Cuq, *Manuel des Institutions juridiques des Romains*, 1928, pp. 6, 12. — Feitu E. *Cicéron et sa conception philosophique du droit* (dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1866, Tome 29). — Lévy-Ullmann, *Cours de doctorat*, 1926-1927, pp. 149. — Senn F. *De la Justice et du droit*, *passim*. — Volansky, *op. cit. passim*.

(2) *Digesta*, LXVII. I.

(3) Accarias, *op. cit.* p. 2.

commencé à pénétrer dans les cadres rigides des lois romaines (1).

§ X. — DU CONTENU VARIABLE DE LA JUSTICE.

— CONCLUSION DU PREMIER CHAPITRE —

De tout ce qui précède, il s'ensuit que l'idée de justice tire son origine du principe logique d'identité. C'est un principe purement intellectuel et irréductible qui nous fait reconnaître que l'objet A égale A ou qu'il diffère de l'objet B — et l'idée de justice n'est que la conséquence psychologique nécessaire de cette loi fondamentale (2). Certes, ce rapport se complique et se dédouble par le fait qu'à côté des choses les personnes entrent aussi en jeu, les personnes qui sont de même inégales. Et, pour que le rapport reste juste, il faut désormais que la somme des valeurs de la personne et de la chose soit proportionnellement égale à la somme des valeurs de l'autre personne et de l'autre chose. Nous avons vu ensuite que la difficulté principale consiste dans la détermination des valeurs des choses et des personnes, de même que c'est la société organisée qui détermine ces valeurs par les nécessités économiques et sociales, en se guidant par le principe de l'adaptation qui, lui-même, n'est que la fonction de la tendance conservatrice.

Le milieu vital, physique et social, étant cependant en état de perpétuel changement, il en résulte comme corol-

(1) Cf. surtout les textes célèbres : *De legibus*. I, 5. — *Pro Milone*. 4. — *De republica*, III, 17.

(2) Cmp. Littré, *La science au point de vue philosophique*, Paris 1873, pp. 339, 340, 346.

laire inévitable, la mobilité essentielle de valeurs personnelles et matérielles, par conséquent l'instabilité du contenu de l'idée de justice.

Et vu que c'est exclusivement à son contenu qu'on songe en discutant de la justice — on ne pense que bien rarement au principe d'identité (1) — que les sociétés humaines sont encore loin de faire un même groupe organisé et que les conditions de vie ne sont point identiques sur notre planète — il est clair que les auteurs reconnaissent de plus en plus la relativité de la notion de justice d'une part et sa mobilité d'autre part. A ce point de vue, les boutades de Montaigne et de Pascal, si souvent critiquées, ne sont que l'expression de la vérité d'une extrême évidence suggérée aux auteurs précités par la force de simples faits observables (2).

Ce serait donc trop simpliste de dire avec certains

(1) C'est dans cette faute là qu'est tombé Pascal en disant que rien suivant la seule raison n'est juste de soi et que tout branle avec le temps.

(2) Personne, il nous semble, n'a mieux que Pascal, ni avec plus de vigueur, exprimé ces idées sur la relativité de la notion de juste. A titre d'exemple, nous ne citerons que les fragments suivants de ses *Pensées* :

« On ne voit presque rien de juste et d'injuste qui ne change de l'aspect en changeant de climat. Trois degrés d'élévation de pôle renversent toute la jurisprudence. Un méridien décide de la vérité, ou peu d'année de possession. Les lois fondamentales changent. Le droit a ses époques. Plaisante justice, qu'une rivière ou une montagne borne ! Vérité au-deça des Pyrénées, erreur au-delà. »

« Pourquoi me tuez-vous ? Eh quoi ! ne demeurez-vous pas de l'autre côté de l'eau ? Mon ami, si vous demeuriez de ce côté, je serais un assassin, cela serait injuste de vous tuer de la sorte : mais

auteurs — que le droit est une émanation lente de l'idée abstraite de la justice : cette idée est variable comme l'est le droit lui-même. L'idée d'une justice absolue et immuable est une chimère que toute l'histoire nous démontre. Quelle injustice ce serait pour nous que de vivre sous les conditions de la justice idéale du temps de Grotius ; quelle misère pour un ouvrier d'aujourd'hui que de travailler d'après les principes exprimés par Rousseau ! Ce qu'on appelle la décadence de la formule de la révolution bourgeoise, est-ce autre chose qu'une nouvelle conception de la justice qui se fait jour ? Pour un cannibale, il est juste de manger ses semblables, pour Aristote, il est juste qu'un homme soit l'esclave d'un autre homme — pour nous aucun de ces deux faits n'est juste.

L'idée d'une justice définitive serait donc une entrave au progrès. Chaque idéal engendre une régression et représente une décadence dit Nietzsche. En vérité, poser un idéal c'est fermer son horizon au lieu de l'élargir ; posséder un idéal définitif, est le synonyme de cesser de se développer et de penser. L'idéal n'a de valeur par lui-même que comme l'expression des réalités connues.

« Nous n'avons pas la prétention d'immobiliser d'avance la marche de l'humanité dans un idéal définitif » — proclame Jaurès. Et Kleinfeller ajoute : « *Bleibend* puisque vous demeurez de l'autre côté, je suis un brave, et cela est juste... »

« Comme la mode fait l'agrément, aussi fait-elle la justice. » —

« La justice est ce qui est établi... »

Adde. Spinoza (*Ethica*, IV, prop. 37, Schol. II, in fine) : « ...*Justum et injustum, peccatum et meritum, notiones esse extrinsecas, non autem attributa, quæ mentis naturam explicant ; ad. ibid ; Schol. I.*

ist nur das Streben nach dem Ziele ; das Ziel ist ein ewig wandelbares » (1).

En somme, la justice n'est pas une idée dernière, une catégorie au sens philosophique du mot ; elle est la manifestation abstraite d'une réalité sociale existante et déterminée, résultat de faits sociaux complexes et changeants. La notion de justice est ainsi une notion essentiellement variable, un cadre vide dont les côtés et le contenu sont dans une oscillation incessante qui doit être fidèlement suivie par le législateur (1).

(1) Jaurès, *op. cit.* p. 7. — Kleinfeller, *op. cit.* p. 4.

(1) Cf. Bonnet, *Introduction à l'étude du Droit*, p. 17. — Capitant H. *Les transformations du droit civil français depuis cinquante ans*, pp. 19, 34. — Courcelle-Seneuil, *op. cit.* p. 401. — Demogue, *op. cit.* p. 121. — Duguit, *Droit Constitutionnel*, 2^e éd. 1921, I, pp. 50, 88. — Gareis, *op. cit.* pp. 283, 286, 287. — Esmein, *La Jurisprudence et la Doctrine* (dans la *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, t. I), p. 13. — Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, 3^e éd. 1925, t. I, pp. 31, 34. — Kleinfeller, *op. cit.*, p. 3. — Korkounov M.-N. *Cours de théorie générale du droit*, trad. J. Tchernoff, 2^e éd. 1914, p. 82. — Labbé, *Préface* à l'ouvrage de M. Cuq, *Les institutions juridiques des Romains*, 2^e éd. 1904. — Littré, *op. cit.*, pp. 216, 219, 332. — Lévy-Bruhl, *op. cit.*, p. 221. — Porte Marcel, *La Jurisprudence et l'Équité*, 1899, p. 15. — Ihering, *La lutte pour le droit*, pp. 9, 10. — Saleilles, *Préface* à l'ouvrage de M. Geny, *Méthode d'interprétation*, p. XV. — Saleilles, *Ecole historique et droit naturel*, p. 97. — Stammler, *op. cit.*, p. 117. — Tanon, *op. cit.*, pp. 76, 78. — Dans le sens contraire, v. Tourtoulon, *op. cit.* pp. 561, 563, où l'auteur expose la nécessité d'une justice immuable, résultat d'une confusion, nous semble-t-il, que l'auteur fait constamment entre la forme et la matière de cette idée, entre le principe et son contenu. Affirmation du reste qui est en contradiction avec l'opinion émise par le même auteur dans les pp. 40, 42, de l'ouvrage cité, et invoquée dans notre § 4. — Adde, *supra* : *Introduction* et §§ 4, 5, 9.

CHAPITRE II

DE LA NOTION DE L'ÉQUITÉ

Le second terme qui servait et qui sert encore pour désigner l'idée inspiratrice du droit positif est celui d'équité. Une notion qui paraît être parallèle à celle de la justice et dont le contenu est aussi vague et imprécis, sinon encore plus, vu qu'on n'en a jamais donné une définition formelle (1) ; cependant le Code civil lui-même en fait usage dans ses articles 565, 1135 et 1854. On la pose quelquefois en équivalent de la justice, quelquefois au-dessus, quelquefois au-dessous de celle-ci. L'embarras est encore augmenté par le fait que la notion d'équité n'était jamais sérieusement analysée, ni comparée à la notion de justice avec les développements nécessaires. Nous tâcherons donc de combler, dans le présent chapitre, cette double lacune en faisant un court aperçu historique de l'évolution de notre terme, en même temps qu'en relevant le rapport qui existait entre lui et la notion de justice, exposée précédemment.

§ XI. — DE L'ÉQUITÉ EN GRÈCE ET A ROME

Chez Aristote, qui ici encore était le premier à instituer une terminologie précise, l'équité — *epiikeia* — est une sorte d'honnêteté rectifiant les droits passés sous silence

(1). Cf. Lévy-Ullmann, Cours de doctorat, 1926-1927, p. 150.

par le législateur, lequel ne pouvait les déterminer tous avec précision (1). L'équité par conséquent n'est qu'un instrument technique qui corrige les lacunes dans les lois, une application partielle de l'idée de justice : *Aristoteles ait epiikiam esse partem justitiæ*, dira plus tard le dernier des scholastiques, le savant Suarez (2). Ce qu'il importe de constater pour le moment, c'est que dans la terminologie d'Aristote l'équité est une notion subordonnée à celle de la justice, une conception dérivée, une idée seconde.

C'est à Rome cependant que l'*Æquitas* a jouit de son âge d'or. C'est à Rome que l'équité a été élevée au rang de notion suprême, d'idée qui inspire et oriente le juge et le législateur. *Æquitas* désigne tout ce qui est conforme à certains principes rationnels de conduite, elle est la base morale du droit, elle est la véritable règle morale du droit romain. Le droit positif n'est que l'*æquitas constituta — pars æquitatis*, dirait Suarez cette fois (3).

Cette place d'honneur dont jouissait l'*æquitas* en Rome

(1) Aristote, *La Grande Morale*, L. II, pp. 114, 115.

(2) Suarez, *Tractatus de legibus ac Deo legislatore*, L. VI, cap. VII, § 4 — Adde, Lévy-Ullmann, Cours de doctorat, 1926-1927, p. 152.

(3) Cf. Albrecht C.-A., *Die Stellung der römischen æquitas in der Theorie des Civilrechts*, 1834, Dresden und Leipzig, *passim*. — Bekker E.-J. *Ueber die Römische und die moderne Æquitas* (dans le *Jahrbuch der internationalen Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre*, 1893, t. 1) p. 35. — Chauffour V. *De l'équité dans le droit romain* (dans la *Revue de législation*, T. XXVIII) pp. 97, 98 — Voigt M. *Das jus naturale, æquum et bonum und jus gentium der Römer*, Leipzig 1856, 3 vol. I, p. 29.

n'apparaît nulle part plus clairement qu'en opposition à la notion de justice. Justice à Rome, dans la langue juridique, ne désigne que ce qui est conforme au droit positif. Le mot même « *justitia* » dérive de *jussum* — *quod jussum id justum*. Modestin qualifiait l'*æquitas* de *naturalis justitia*, équivalent du droit naturel de Cicéron, pour la distinguer de la *justitia civilis* (1).

Des institutions juridiques entières se sont uniquement inspirées de la notion d'équité et se sont créées grâce à elle : les théories de la demeure, de la faute contractuelle,

(1) *Digesta*, L. 13, § 7 de *excusation*. — Cf. Accarias, *op. cit.* p. 1.
— Ortolan, *Histoire de la législation romaine*, 12^e éd. 1884, pp. 7. 18, 549.

Pour se convaincre de l'antithèse signalée, il suffit de citer les textes suivants : « ...*Saepe enim accidit ut, licet ipsa persecutio quæ actor experitur justa sit, tamen iniqua sit adversus eum cum quo agitur. Verbi gratia, si metu coactus aut dolo inductus, aut errore lapsus, stipulanti Titio promisisti quod non debueras palam est jure civili te obligatum esse; et actio quia intenditur dare te oportere, efficax est; sed iniquum est te condemnari, ideoque datur tibi exceptio metus causa aut doli mali aut in factum composita, ad impugnandam actionem. Idem juris est, si quis quasi credenti causa pecuniam stipulatus fuerit, neque numeravit: nam meam pecuniam a te petere posse eum certum est, dare enim te oportet, quum ex stipulatione tenearis; sed quia iniquum est eo nomine te condemnari, placet per exceptionem pecuniæ non numeratæ te defendi debere. Cujus tempora nos, secundum quod jam superioribus libris scriptum est, constitutionæ nostra coarctarimus* ». — (Inst. de exceptionibus, Lib. IV tit. XIII §§ 1, 2) — « *Interdum evenit ut exceptio, quæ prima facie justa videatur, iniquæ noceat... Rursus interdum evenit ut replicatio, quæ prima facie justa est, iniquæ noceat...* »

— (Inst. de replicationibus, Lib. IV, tit. XIV, §§ 1, 2) — Adde, Gajus, IV, §§ 116, 126, 127, 128).

la distinction de diverses sortes d'impenses — tout cela n'était pas réglé en droit romain par la législation. La fameuse *elegantia juris* n'était qu'une porte par laquelle l'équité corrigeait la rigueur logique des formules. Les empereurs Constantin et Licinius enfin recommandent par leur autorité souveraine cette prédominance de l'équité : « *Placuit in omnibus rebus, præcipuam esse justitiæ æquitatisque quam stricti juris rationem* » (1). Bref, l'équité romaine représentait ce qu'on appellerait de nos jours la source réelle du droit positif.

Mais pourtant il ne faut pas croire que cette terminologie ait été quelque chose de définitivement arrêté même à Rome. Chez les auteurs les plus importants, chez Cicéron en particulier et aussi dans l'édit déjà cité de Constantin et Licinius, on trouve bien des cas où le rapport justice-équité est incertain. Les deux termes tantôt sont synonymes, tantôt se superposent : quelquefois l'équité a le sens étroit que lui attribuait Aristote, on parle de *æquare jus facto*, le plus souvent elle est la source morale du droit. L'attitude la plus sage qu'on doit prendre après tout, c'est de reconnaître en principe la prio-

(1) *Cod.* 3, 1 *De judic.* 8, *constitut. Constant. et Licin.* — Adde dans même sens : « *In his quæ contra rationem juris constituta sunt, non possumus sequi regulam juris* » (*Dig.* 1, 3 *De legibus*, 15 f, Julian). — « *In omnibus quidem, maxime tamen in jure æquitas spectanda sit* » (*Dig.* 50, 17, *De reg. juris.* 90, f, Paulus). — « *Etsi nihil facile mutandum est ex solemnibus, tamen ubi æquitas evidens poscit, subveniendum est* » (*Ibid.*, 183, f, Marcellus). — Cf. Cuq, *op. cit.* pp. 29, 44, 48, 75.

rité dont jouissait l'équité à Rome, tout en tenant compte de sa rivale (1).

§ XII. — L'ÉQUITÉ AU MOYEN-ÂGE ET DE NOS JOURS

L'équité jouissait d'un sort bien moins brillant au moyen-âge. D'une part le christianisme qui se substitua aux conceptions morales des Romains, d'autre part l'influence et l'autorité illimitée qu'exerçait alors la pensée d'Aristote et de Cicéron sur la philosophie et sur le droit, ne pouvaient avoir pour conséquence que de renverser l'Équité de son trône. Nous avons vu en effet que chez Aristote, l'équité est une correction du juste rigoureusement légal. Les auteurs médiévaux les plus illustres ne font que reproduire la doctrine du grand maître. Quelques brèves citations nous permettrons de nous en rendre compte.

Le célèbre jurisconsulte anglais du XIII^e siècle, Bracton, Chancelier de la Cathédrale d'Exeter et disciple des romanistes et des canonistes, définit l'équité : « *Æquitas est rerum convenientia quæ in paribus causis paria desiderat jura et omnia bene conquiparat* » (2) — ce qui n'est que la reproduction de la phrase de Cicéron « *Valeat æquitas*

(1) L'auteur qui paraît avoir approfondi la question le plus est Voigt, qui après avoir comparé une masse des textes relatifs au problème, reconnaît qu'il est impossible d'en tirer une conclusion nette. — Cf. Voigt, *op. cit.*, pp. 34, 60. — Adde, Cicéron : *Topic.* IV, XXIII ; *Philipp.* IX. 5 ; *De Offic.* I, III — Plinius, *Epist.* 8, 14, 24

(2) Bracton, *De legibus*, fol. 3 — Adde, Lévy-Ulmann, *Cours de doct.* 1926/27, pp. 151, 153.

quæ paribus in causis paria jura desiderat » (1). Ici déjà la notion de l'équité est restreinte et désigne simplement le traitement égal de par la loi des choses égales. C'est une justice et une égalité extérieures qui veulent qu'on statue dans tous les cas identiques d'une même manière. Elles placent dans la même situation juridique tous ceux qui se trouvent dans des pareilles circonstances de fait, elles sont le résultat de la généralisation objective des règles positives. Conséquence du principe que tout ce qui est égal naturellement doit être traité également par la loi (Cf. à ce propos Ihering, *Esprit du droit romain*, II, p. 89), cette équité ne discute pas la question de savoir si la loi elle-même a bien mesuré les valeurs et hiérarchisé les situations : elle les prend pour équitables telles que la loi les a déterminées. Au fond cette conception étroite de l'équité est basée sur la même idée que la conception plus large : on doit appliquer une mesure identique pour toutes les situations mesurables. Seulement dans la conception large ce sont les faits bruts, primordiaux, qui sont en jeu, tandis que dans l'acception étroite ce sont les faits juridiques ; ces derniers sont une homologation légale des premiers, les faits artificiels en quelque sorte. Ainsi le champ d'action de l'équité dans le sens de Bracton est plus restreint étant donné qu'on ne discute plus le bien-fondé de la solution légale formelle.

Or, cette notion de l'équité ne faisait que se restreindre de plus en plus dans les Iles Britanniques. Trois siècles après Bracton, en 1520, dans le dialogue « *Doctor and*

(1) Cicéron, *Pro Milone*, 4.

Student » l'équité est conçue comme une rectification de la rigueur des formules positives, comme un remède à la *summum jus, summa injuria*. Enfin, dans l'institution de l'*Equity* des siècles suivants notre terme ne désigne plus qu'une juridiction spéciale, branche du système juridique général d'Angleterre, existant à côté de la *common law* (1).

Avec les auteurs continentaux, nous assistons au même spectacle. Grotius dit par exemple : « *Proprie vero et singulariter æquitas est virtus voluntatis correctrix ejus in quo lex propter universalitatem deficit... æquum est id ipsum quo lex corrigitur* » (2). C'est là la reproduction fidèle du texte et de la pensée déjà cités d'Aristote (3).

Suarez nous le dira expressément : « *Atque propter hanc legum humanarum contingentiam posuit Arist. supra speciale virtute seu parte justitiæ quam epikiam appellavit ; ...inter partes justitiæ ponit æquitatem, quam definit esse emendationem legis ea ex parte, qua deficit propter universale... tunc epikiam habere locum, quando lex peccat* » (4).

(1) Cf. Lévy-Ullmann, *Éléments d'Introduction générale à l'étude des sciences juridiques*, t. II, *Le système juridique d'Angleterre*. — Id. *Coues de doct.* 1926/27, p. 154. — Id. *L'esprit et l'aménagement du droit civil anglais contemporain*, Cours de doctorat, Paris 1929/30.

(2) *De æquitate*, I, § 2.

(3) *Morale à Nicomaque*, L. V. pp. 167, 183, 186 ; *La Grande Morale*, L. II, pp. 114, 115. — V. *Supra*, § § 9, 11.

(4) Suarez, *De legibus*, Lib. cap. VII, §§ 4, 5. — Cette conception de l'équité, en qualité d'instrument technique de la logique juridique, a été très ingénieusement expliquée par Suarez, le digne élève de St. Thomas d'Aquin. D'après lui, le rôle de l'équité, telle que la

Presque identique est la conception que se faisait Kant de l'équité. Il nous semble fidèlement interpréter Aristote en cette matière quand il dit : « L'équité (considérée objectivement) n'est point du tout un principe au nom duquel on réclame des autres l'accomplissement de certains devoirs éthiques (leur bienveillance et leur bienfaisance) ; celui qui exige quelque chose au nom de ce principe se fonde sur son *droit* ; seulement il ne remplit pas toutes les conditions dont le juge a besoin pour pouvoir déterminer jusqu'à quel point et de quelle manière on doit satisfaire à sa réclamation ». C'est pour notre philosophe « une divinité muette qui ne sait se faire entendre » (1).

Ainsi la grande *Æquitas* romaine est « restée enfouie dans les profondeurs de l'histoire..., elle n'est pas morte,

conçevait Aristote, dans le droit, repose sur deux principes juridiques fondamentaux :

1^o Sur le principe *lex specialis derogat legi generali* :

« ...*quid fit necessarium, ut obligatio generalis legis in particulari casu cesset* » *ibid* § 1. Suarez suppose ici que l'équité est la loi spéciale pour tous les cas non prévus et pour toutes les solutions erronées.

2^o Sur le principe *cessante causa cessat effectus* : « ...*Nam ratio legis adaequata ... est in suo genere causa adaequata obligationis legis ; ergo illa cessante, in quocunque casu particulari, cessat obligatio legis... quam ipsa lex, qui sicut corpus sine anima movere aliud non potest, ita nec lex sine ratione potest subditum obligare. Tum maxime, quia justitia legis pendet ex ratione, et ita deficiente ratione deficit justitia, et consequenter vis obligandi* ». — *ibid* § 2.

(1) Kant, *op. cit.* pp. 49, 50.

certes, avec le Moyen-Age, mais elle s'y est endormie... » (1).

A l'heure actuelle, la place de l'Équité dans la théorie du droit est toujours très incertaine. Les auteurs s'accordent pour reconnaître que c'est une idée bien vague, une sorte d'instinct juridique, mais ils ne sont plus d'accord pour déterminer le rapport existant entre elle et sa sœur justice.

Certains écrivains très éminents estiment qu'il faut rendre à l'équité son rang de règle suprême de conduite qu'elle occupait à Rome, la justice n'étant que la mise en application du droit, la conformité au droit positif (2). D'autres auteurs non moins autorisés, et plus nombreux paraît-il, sont d'avis que l'équité est une « branche détachée du grand arbre de la justice..., un sentiment inconscient et non raisonné..., un diminutif de la conscience..., une sorte de subconscience morale... » (3). Bon nombre d'auteurs enfin y voient des notions parallèles et identiques ; pour eux, justice et équité sont synonymes.

« Quant à nous personnellement, tout bien considéré,

(1) Lévy-Ullmann, Cours de doctorat, 1926-1927, p. 151.

(2) Dans ce sens : Bonnecase, *La notion de Droit en France au XIX^e siècle*, p. 21. — Dorlencourt L. *Équité* (dans la *Revue pratique de droit français*, 1860, t. X), pp. 357, 358. — Lévy-Ullmann, Cours de doctorat, 1926-1927, pp. 149, 150.

(3) Dans ce sens : Charmont, *La renaissance du droit naturel*, p. 183. — Demogue, *op. cit.* p. 120. — Geny, *Méthode d'interprétation*, II, pp. 109, 113. — Pillet, *Principes de droit international privé*, 1903, p. 2.

nous croyons que le problème se réduit en réalité à une simple question de terminologie. Ce qu'il importe de constater, c'est que l'*Æquitas* romaine est au fond la même chose que la Justice d'Aristote. L'une et l'autre expriment la règle suprême qui inspire le droit positif, et quant aux mots, ils ne sont que les cadres servant à être remplis par les idées. La Justice et l'Équité, abstraction faite des sens techniques, plus ou moins étroits qui leur ont été attribués au cours de l'histoire et qui sont aujourd'hui disparus, renferment une seule et même idée. Et puisqu'il est nécessaire de faire un choix entre elles, nous choisissons de préférence l'expression Justice, car elle nous semble être un terme évacateur bien plus puissant que l'Équité et surtout parce qu'elle jouit de nos jours incontestablement d'une véritable possession d'état et dans les sciences sociales et dans la langue courante.

§ XIII. — ÉQUITÉ ET ÉGALITÉ

Le mot d'équité évoque en nous par une association fort justifiée une autre idée analogue, celle d'égalité. Et quoique nous l'ayons touchée plus haut, nous ne pouvons terminer le présent chapitre sans nous expliquer avec plus de précision sur sa substance. En même temps nous ne saurions passer sous silence l'idée de liberté, une notion étroitement liée à celle d'égalité et sans laquelle la discussion sur le fondement du droit présenterait une grave lacune.

Nous avons vu que la source du droit est dans l'iné-

galité des conditions, qu'un rapport de droit ne peut pas naître entre des personnes se trouvant dans des conditions identiques. L'inégalité est donc de l'essence du droit et le droit tout entier n'est qu'une objectivation et une organisation des inégalités (1). La diversité des conditions loin d'être un mal, est la base fondamentale de l'existence de la société. Plus les conditions sont variées, plus les rapports de droit sont étroits entre les hommes, ils collaborent plus intimement à créer et à fortifier l'humanité. Tel était déjà le sentiment de Cicéron qui voyait dans la société humaine un concert harmonieux d'instruments divers ; et de même pour Domat, la diversité des conditions est dans le plan divin (2).

Nous avons vu de même que les inégalités parmi les hommes tiennent à une double cause : d'une part les inégalités naturelles que les hommes apportent en naissant — on ne fait pas le choix de son origine — d'autre part les inégalités artificielles créées par l'organisation sociale et qui résultent en dernière ligne des inégalités naturelles existant chez les générations précédentes (3). Et nous avons constaté enfin que c'est la société qui donne

(1) V. *supra* § 5. — Adde, Bunge, *op. cit.* p. 241. — Cruet J. *op. cit.* p. 202.

(2) Cf. Feitu, *Domat et sa conception philosophique du droit*, pp. 9, 11. — Courcelle-Senneuil, *op. cit.* p. 135.

(3) Rousseau dans son *Discours sur l'origine de l'inégalité parmi les hommes* qualifie la première espèce d'inégalité « naturelle ou physique » et l'autre « morale ou politique ». — Cf. sur la même distinction : Cousin, V. *op. cit.* p. 31. — Demogue, *op. cit.* p. 137. — Montesquieu, *De l'esprit des lois*, L. VIII, chap. III.

la mesure de ces inégalités par un contenu déterminé de la notion de justice ou autrement dit par le droit, qui au point de vue de la logique formelle se ramène au principe d'identité.

Il semble du reste qu'une tendance générale de plus en plus accusée se manifeste ayant pour résultat de niveler les conditions tant naturelles qu'artificielles. Plus l'organisation sociale est parfaite, plus il semble que les inégalités individuelles de toute sorte vont en diminuant ; le nombre des situations privilégiées et acquises par le simple acte de naissance est en décroissance constante. En France l'exemple classique de cette tendance est la législation révolutionnaire. La Révolution en supprimant les prérogatives de la noblesse et du clergé, a aboli une série d'inégalités artificielles. De même l'abolition du droit de primogéniture, la condamnation de la liberté de tester, la suppression des substitutions, l'abolition des incapacités dont étaient frappés les protestants et les juifs — tout cela eut pour résultat le nivellement des conditions sociales individuelles. L'article 1^{er} de la Déclaration des Droits de l'Homme signifie évidemment qu'aux inégalités naturelles ne doivent pas s'ajouter des inégalités artificielles résultant des institutions. Tel est le principe de la « sainte égalité » du Décret de 5 mars 1793 (1).

Quant aux inégalités que nous avons nommées naturelles, personne ne songe à les supprimer. Elles sont la

(1) V. Décret du 5 mars 1793, Décret du 11 mars 1793, Déclaration des droits de l'homme. — Adde : Aron, *Les grandes réformes du droit révolutionnaire*, 1910, passim. — Aulard, *Histoire politique*, p. 47.

condition fondamentale de la vie sociale : c'est un fait que personne ne conteste que sans une aristocratie nécessaire la société ne pourrait subsister (1). Cependant une tendance à adoucir ces inégalités elles-mêmes, sinon à les supprimer, se fait sentir au cours de l'histoire. Le signe le plus caractéristique de ce phénomène est à l'heure actuelle l'intervention du législateur par des règles impératives dans les contrats du droit privé, intervention qui a pour but toujours de faciliter la condition du plus faible des contractants. Le droit d'aujourd'hui sacrifie, dit-on, de plus en plus les droits des plus forts en faveur des plus nombreux (2). Tandis qu'au contraire « le droit des sociétés primitives est prodigieusement inégalitaire : il semble qu'il se soit donné pour but conscient d'accroître la force des forts, d'aggraver la faiblesse des faibles » (3).

En ce qui concerne la notion de liberté, elle n'est rien d'autre dans les sociétés modernes que la notion du droit. Tant que s'étend mon droit s'étend ma liberté, où cesse mon droit, là cesse ma liberté. Et si l'on envisage la question sous un autre aspect, celui des rapports entre nous et nos semblables, on peut dire que là où commence le droit des autres, là cesse ma liberté et *vice versa*. Notre liberté est notre puissance d'agir en général, et dans une

(1) Cf. Ripert, *Abus ou relativité des droits*, pp. 34, 35 — « A Rome tout ce qui est doué de force vive doit se développer librement. L'égalité romaine veut que la loi ne favorise pas artificiellement une force au détriment des autres ». — Ihering, *L'Esprit du droit romain*, II p. 89.

(2) Ripert, *Cours de droit civil approfondi*, Paris 1929/30.

(3) Cruet J. *op. cit.* p. 203.

société organisée notre liberté s'identifie avec notre droit. A ce point de vue nous sommes pleinement d'accord avec notre éminent maître, M. Lévy-Ullmann, qui définit le droit « *la délimitation de ce que les hommes et leurs groupements ont la liberté de faire et de ne pas faire* » (1). Traiter ainsi le problème du droit, c'est traiter du même coup celui de la liberté.

Il y a cependant quelque chose de très profond qui se cache sous le mot de liberté, quelque chose à quoi l'on songe presque inconsciemment en prononçant ce mot. C'est la réminiscence des temps immémoriaux, antérieurs à la formation des sociétés où les hommes vivant dans la liberté complète ne jouissaient d'aucun droit. En entrant dans un état social qui va leur garantir certains droits, ils se sont aperçus qu'au même moment leur liberté s'était trouvée modifiée : une portion en est devenue plus stable, la société la garantissait — on a nommé cette partie de liberté le « droit » qui est ainsi la *liberté socialement garantie* — tandis que l'autre, la liberté naturelle, s'est trouvée diminuée. Ce qu'on a gagné en sécurité, on l'a perdu en étendue. L'homme est le loup de la fable qui a préféré la chaîne autour du cou et une existence paisible et sûre à la liberté complète et à l'insécurité.

(1) Lévy-Ullmann, *Eléments d'introduction générale*, I, p. 165. *ad.* p. 156 — « Le droit, au sens le plus général du mot, est la science de la liberté » dit Beudant (*op. cit.* p. 5) ce qui est conforme de même à la fameuse formule kantienne de coexistence. Tel était encore le sentiment de Bufuoir pour lequel le droit a pour objet les libertés à l'état de conflit. — *Adde.* Bunge, *op. cit.* p. 205 — Taranovski, *Enciklopedija Prava*, Belgrade 1923, pp. 96, 101.

Ainsi par la formation des sociétés et par la création du droit, la liberté primitive et illimitée s'est scindée en deux parties : d'un côté elle reste complète dans toute la région non réglée par le droit et demeurée en dehors de la sphère des relations reconnues juridiques ; d'un autre côté elle est encore renforcée par la société en tant que celle-ci nous donne le droit d'agir sous sa protection ; en même temps cette liberté est diminuée, bornée et limitée par les droits reconnus aux autres.

« Tous coururent au-devant de leurs fers, croyant assurer leur liberté... Telle fut, ou dut être, l'origine de la société et des lois » suppose Rousseau (1).

(1) Rousseau, *Discours sur l'origine de l'inégalité parmi les hommes*.

CHAPITRE III

DES CONCEPTIONS DU DROIT NATUREL

L'idée d'un droit naturel semble être celle qui exprime le plus heureusement ce droit idéal conforme à la nature, qui devrait présider à la formation de nos lois et servir de direction au juge et au législateur. Cette notion s'est imposée en effet à toutes les civilisations : grecque, romaine, médiévale, contemporaine — toutes se préoccupent du droit naturel en l'affirmant et en discutant sa substance. Spinoza et Hobbes en ont tiré leurs théories de la puissance avec la même facilité que Cicéron, Saint Thomas et Domat leurs systèmes de conformité à l'ordre divin — l'imprécision du terme, comme on l'avait dit, servait merveilleusement les théories. D'autre part l'idée d'un droit naturel avait dans tous les temps des adversaires non moins acharnés que ses partisans.

Pour toutes ces raisons, et afin de posséder une notion suffisamment claire des idées qui se cachent sous le nom de droit naturel, il est nécessaire de passer en revue les doctrines les plus caractéristiques auxquelles notre terme a servi de couverture commune (1).

(1) Sur la division de l'histoire du droit naturel, Cf. Le Fur, *La théorie du droit naturel*, 1927, p. 13.

§ XIV. — LES DOCTRINES SUR LE DROIT NATUREL

JUSQU'AU XX^e SIECLE.

Chez Aristote nous trouvons déjà très clairement exposée l'idée du droit naturel. Pour combattre l'opinion des sophistes et des sceptiques qui niaient son existence en affirmant que seul est naturel ce qui reste toujours et partout le même — ainsi le soleil brûle de la même façon à Athènes qu'en Perse, tandis que les lois ne sont point identiques dans ces deux pays — Aristote répond qu'est naturel non seulement ce qui a lieu toujours et partout, mais aussi ce qui arrive le plus souvent. Pour le grand réaliste, le droit naturel est composé des rapports nécessaires existant entre la société des hommes et la nature objective : nous prenons connaissance de ces rapports par la simple expérience de la majorité des hommes. Le droit naturel ainsi conçu est tellement puissant qu'il lie les dieux eux-mêmes. La conception aristotélicienne du droit naturel s'exprime, se complète et se condense d'ailleurs dans sa théorie de la justice (1).

Les épicuriens au contraire n'admettaient ni le droit naturel ni la justice. Les deux sont basés, d'après eux, uniquement sur les conventions de ne pas se nuire réciproquement ; aucun principe supérieur du droit n'existe. Telle a été encore l'opinion de Carnéade et d'Archelaüs,

(1) Cf. Lapie, *op. cit.* pp. 14, 68. — Rapp. Cuhe P. *A la recherche du fondement du droit*, p. 68. — Adde, *supra* § 9.

maître de Socrate, pour lequel les lois civiles sont les uniques fondements des notions de juste et de bon (1).

Les défenseurs les plus ardents du droit naturel dans l'antiquité étaient les stoïciens et en particulier leurs disciples romains Cicéron et Sénèque. Dans la conception stoïcienne la nature s'identifie avec Dieu et par conséquent vivre selon la nature doit être la loi suprême qui s'impose à un homme raisonnable (2). Il existe donc une loi naturelle, reflet de la sagesse divine, par laquelle nous sommes pénétrés et qui est supérieure à la volonté législative des hommes.

« *Est igitur, hæc, judices, non scripta sed nata lex ; quam non didicimus, accepimus, legimus, verum ex natura ipsa arripuimus, hausimus, expressimus, ad quam non docti, sed facti, non instituti, sed imbuti sumus* (3).

Ce brillant plaidoyer en faveur du droit naturel n'a

(1) Cf. Boistel, *op. cit.*, p. 105. — Lafargue, *op. cit.* p. 59. — Martha *Etudes morales sur l'antiquité*, 1889, pp. 92 et suiv. — Senn, *De la justice et du droit*, passim.

(2) « *Quid enim aliud est natura, quam Deus et divina ratio totû mundo et partibus ejus inserta ?* ». — Sénèque, *De Beneficiis*, IV, 7

(3) Cicéron, *Pro Milone*, IV. — Adde :

« *Est quidem vera lex, recta ratio, naturæ congruens, diffusa in omnes, constans sempiterna... Huic legi nec obrogari fas est, neque derogari ex hac aliquid licet, neque tota abrogari potest ; nec vero aut per senatum, aut per populum solvi hac lege possumus ; neque est quærendus explanator, aut interpret ejus alius ; nec erit alia lex Romæ, alia Athenis ; alia nunc, alia posthac : sed et omni gentes et omnî tempore una lex, et sempiterna, et immutabilis continebit ; unusque erit communis quasi magister et imperator omnium Deus, ille legis hujus inventor, disceptator, lator ; cui qui non parebit, ipse*

pu rester sans influence sur l'esprit du droit romain, ni sur les doctrines des jurisconsultes postérieurs. *Ratio civilis jura naturalia corrumpere nequit*, affirme très énergiquement Gaius (1).

Le Moyen-Age ne sera que la répétition des mêmes idées, complétées et renforcées par la croyance chrétienne. Saint Augustin dira : « *Lex æterna est ratio divina vel voluntas ei, ordinem naturalem conservari jubens; perturbari vetans* » (2). Et Saint Thomas d'Aquin : « *Lex æterna est summa ratio in Deo existens; lex æterna nihil aliud est quam ratio divinæ sapientiæ secundum quod est directiva omnium actuum et motionum* » (3). En termes semblables s'exprime Suarez qui, plus fidèle à Aristote, distingue la loi naturelle en elle-même de la connaissance que nous en possédons (4).

L'idée du droit naturel a reçu au cours des ^{xvii}^e et ^{xviii}^e siècles une extension particulière dans la théorie de droit de la nature et des gens de Hugo Grotius. L'oppression politique de la part des gouvernants d'un côté, les nouvelles tendances rationalistes dans la philosophie de l'autre, ont rendu nécessaire un principe qui serait supérieur à la volonté arbitraire du prince, tout en servant

se fugiet, ac naturam hominis aspernatus, hoc ipso luet maximas pœnas, etiam si cetera supplicia, quæ putantur, effugerit ». — Cicéron, *De Republica*, III, 17. — Rappr. *De legibus*, I, 5.

(1) « *Jus naturale est, quod natura omnia animalia docuit* ». — *Digesta*, I, de justitia et jure, I, 3.

(2) *Contra Faustum*, XXII, 28.

(3) *Summa theologica*, I a, 2 æ quest. 93 art.

(4) *Tractatus de legibus ac Deo legislatore*, I, II, cap. V, § I et suiv.

aux besoins pratiques de la logique déductive, base de la philosophie nouvelle.

A ce double besoin la doctrine de Grotius répondait merveilleusement. D'après sa conception, il existe un droit naturel, immuable et universel, supérieur aux principes et antérieur aux lois positives, s'imposant à Dieu lui-même (1). Le fruit le plus beau de la doctrine a été la théorie de la liberté individuelle, développée ensuite et proclamée surtout par Rousseau et par Kant.

L'enseignement de Grotius avait exercé une telle influence sur ses contemporains et sur la postérité, que les théories relatives à la même matière émises par les philosophes de son époque, très intéressantes en elles-mêmes, sont restées complètement dans l'ombre. Tel fut entre autres le sort des conceptions très réalistes de Spinoza et de Hobbes, d'après lesquelles le droit naturel se ramène au principe de la puissance. Pour le philosophe d'Amsterdam chaque individu a le droit suprême de faire, à l'état de nature, tout ce que lui permet sa puissance : « En vertu du droit naturel les poissons jouissent de l'eau, et les gros poissons mangent les petits » (2) — phrase célèbre et vérité irréfutable. Hobbes s'exprime en des termes presque identiques : « *Jus naturale est libertas quam habet unusquisque potentia sua ad naturæ suæ conservationem suo arbitrio utendi et per consequens*

(1) *De jure belli ac pacis*, passim. — Cf. Bunge, *op. cit.* p. 84. — Charmont, *La renaissance du droit naturel*, p. 17. — Lévy-Ullmann, *Cours de doctorat*, 1926-1927. — Ripert, *Le droit naturel et positivisme juridique*, p. 11. — Taranovski, *op. cit.* pp. 28, 34, 93.

(2) Spinoza, *Tractatus theologico-politicus*, cap. XVI.

illa omnia quæ ei videbuntur tendere faciendi » (1). Toutefois il serait erroné de croire que nos philosophes glorifient la violence ; leur puissance est la force bien comprise. Par des déductions successives, Hobbes aboutit par exemple au principe « cherchez la paix » et conclut par le précepte : « Ne fais pas aux autres ce que tu ne voudrais que l'on te fasse à toi même » (2). Ainsi partant de l'état *homo homini lupus*, ils érigent le principe *homo homini Deus*, une idée profondément chrétienne et morale (3).

Cependant la théorie de Grotius avait tellement pénétré les esprits, que de nos jours encore le terme droit naturel évoque fatalement l'idée d'un droit immuable avec tous ses errements. Pour les défenseurs modernes du droit naturel, le mot est devenu un pesant héritage que les successeurs n'ont pas pu accepter sous bénéfice d'inventaire.

§ XV. — LES DOCTRINES MODERNES SUR LE DROIT NATUREL

L'avènement de l'école historique, dont le règne a rempli presque tout le xix^e siècle, avait ruiné la doctrine rationaliste et abstraite du siècle précédent, et par suite le terme droit naturel semblait définitivement compromis. Le mythe de la toute-puissance de la raison déductive dans les sciences sociales a été remplacé par le prin-

(1) Hobbes, *Leviathan*, cap. XIV.

(2) *Ibid*, cap. XV.

(3) Cf. Anthony, *op. cit.*, p. 49. — Janet, *op. cit.* pp. 277, 278.

cipe de l'évolution et celui de la liberté individuelle par le matérialisme économique de Marx, par la philosophie comptiste et par les doctrines de Ihering.

Mais la thèse de l'école historique contenait une lacune trop grave pour rester inaperçue : la proclamation du fatalisme juridique a été un acte d'abdication de sa part. On reprochait avec raison à Savigny d'avoir trop négligé le rôle qui, dans l'élaboration du droit, revient à la volonté humaine. Il affirmait en effet que le droit se développe sous l'influence des forces obscures agissant silencieusement — *durch die innere stillwirkende Kräfte* — sans aucune participation de la volonté réfléchie des hommes (1).

Grâce aux vicissitudes de l'école historique, réagissant contre le matérialisme à outrance professé par le marxisme, et surtout contre le dogmatisme de la jurisprudence, l'idée du droit naturel a repris sa revanche. Les travaux de Stammler en Allemagne, de Saleilles, Beudant, Geny, Charmont, Le Fur, etc., en France, ont remis en honneur ce mot séculaire et lui ont prêté une nouvelle force.

Le droit naturel tel qu'il se présente à nous aujourd'hui n'a, en principe, rien à voir avec la doctrine du XVIII^e siècle. La thèse de l'évolution est définitivement acquise à la science et la méthode d'observation a succédé à celle des déductions logiques. Les partisans modernes du droit naturel sont loin d'affirmer l'existence d'un code

(1) Cf. Saleilles, *Ecole historique et droit naturel, d'après quelques ouvrages récents*, pp. 83, 84, 94, 96. — Tanon, *op. cit.* pp. 24, 26, 28. Taranowski, *op. cit.* pp. 28, 34, 93, 198, 202.

complet de la nature qui satisfait à tous les besoins pratiques ; ils ne cherchent qu'un principe directeur qui va suppléer aux lacunes de la loi et orienter le juge et le législateur, tout en évitant l'arbitraire. « Les idées directrices sont, en effet, pour l'homme ce qu'est l'instinct pour les animaux » (1).

Le mouvement a revêtu une forme énergique et pleine de conséquences précieuses dans la lutte engagée contre l'abus des principes de pure technique et des constructions juridiques dans le droit. L'œuvre de Saleilles et de M. Geny fait à cet égard époque dans la science du droit.

Parti du besoin d'une élaboration vraiment scientifique du droit positif, M. Geny est ramené à en chercher une direction dans le *juste objectif*, résultat de l'identité des représentations concrètes chez les êtres pensants. La conception de M. Geny est de la sorte éminemment sociologique, parce qu'elle repousse en principe tous les systèmes de droit idéal. Pour lui le droit naturel est l'ensemble des règles juridiques que la raison dégage de la nature même des choses et ce droit naturel se réduit à l'idée de justice et se précise par elle. Cependant l'idée de justice reste toujours trop vague pour fournir les solutions concrètes qui doivent être cherchées en dernière ligne dans la *nature des choses positives*. Pour M. Geny le droit naturel est une méthode plutôt qu'un système et encore une méthode basée sur l'observation où, il est im-

(1) Beudant, *op. cit.* p. 35. — Adde, Bonnecase, *La notion de droit en France au XIX^e siècle*, pp. 15, 126. — Capitant H. *Introduction à l'étude du droit civil*, pp. 10, 13.

portant de le noter, l'introspection joue un rôle de premier ordre: « Il faut, dit-il, chercher en dehors et au-dessus des faits, la loi de leur harmonie » (1).

Les autres défenseurs modernes du droit naturel peuvent être rangés en deux catégories. Les uns dont le protagoniste est Stammler, sont d'avis que ce droit naturel est d'un « contenu variable » — *ein Naturrecht mit wechselndem Inhalt* — l'idéal n'existe que par sa forme, le contenu en est relatif. Les représentants de cette tendance en France sont surtout Saleilles, Janet, Charmont, Bonnecase, Em. Lévy, et en Belgique E. Picard (2).

L'autre tendance est celle qui, tout en admettant l'évolution, défend un droit naturel à « contenu progressif ». L'expression est très caractéristique parce qu'elle révèle chez ses promoteurs la foi dans un idéal absolu, transcendant, dont le droit positif ne devrait être qu'une émanation successive. C'est par conséquent une doctrine nettement perfectionniste. Telle a été, entre autres, la conception de Domat reprise par Lucien-Brun (3) et par les autres auteurs catholiques croyant à un ordre divin. De nos jours cette thèse est encore très énergiquement défendue par M. G. Renard qui se refuse, dit-il, de prendre la bous-

(1) Geny, *Méthode d'interprétation*, II, p. 89. — *ad.* pp. 10, 105. Geny, *Science et technique*, II, pp. 16, 17, 399, 419. — Saleilles, *Ecole historique et droit naturel*, pp. 84, 88, 91.

(2) Bonnecase, *op. cit.* pp. 173, 175, 178. — Charmont, *La renaissance du droit naturel*, pp. 172, 175. — Janet, *op. cit.* p. XIV. — Em Lévy, *La vision socialiste du droit*, p. 173. — Picard, *Le Droit Pur*, pp. 8, 127.

(3) Lucien-Brun, *op. cit.*, p. 50.

sole pour la girouette. Pour lui l'étoile est fixe, mais la connaissance que nous en avons progresse ; il existe un Ordre universel, une disposition rationnelle du monde, qu'une raison suprême a institués : c'est de là que le droit naturel dérive. — En somme c'est une conception qui se rapproche singulièrement des théories de Grotius. L'auteur souligne du reste, que ce droit naturel n'est rien autre, dans un moment donné, que la morale sociale ou l'idée de Justice (1).

Plus nuancée et moins dogmatique est la position prise dans la matière, par notre maître M. L. Le Fur, qui est à l'heure actuelle l'un des représentants des plus autorisés du droit naturel. D'après M. Le Fur, le droit naturel comporte un très petit nombre de principes généraux et objectifs, antérieurs à la volonté de l'homme et s'imposant à elle, constatés et non créés par la raison. Et ces règles constituent une sorte de cadre à remplir conformément aux besoins déterminés, mais elles représentent un minimum irréductible — affirmation par laquelle M. Le Fur est bien plus près de G. Renard que de Stammler. Pour lui aussi le droit naturel n'est en somme que l'idée de justice: il consiste en un très petit nombre de préceptes tels que le respect de la parole donnée, la réparation du tort, etc..., et tout le reste n'est qu'une question d'appli-

(1) Renard G. *Le Droit, la Justice et la Volonté*, 1924, pp. 86, 96., 107, 124, 326. — Renard G., *Le Droit, la Logique et le Bon Sens*, 1925, pp. 393, 403. — Renard G., *Le Droit, l'Ordre et la Raison*, pp. 23, 29, 120, 122. — Des opinions analogues ont été émises par Boistel, *Le Code civil et la philosophie du Droit*, pp. 47, 50 ; et par Laurent, *Principes de droit civil français*, T. I, § I.

cation. Le droit naturel est essentiellement immuable dans ses principes, essentiellement variable en matière d'application. Le droit positif vient non pas créer mais seulement préciser ce droit naturel, qui reste, faute de la sanction sociale, une *lex imperfecta* (1).

§ XVI. — LA CRITIQUE DES DOCTRINES SUR LE DROIT NATUREL

Une première difficulté rencontrée par les partisans modernes du droit naturel était de ne pas pouvoir se débarrasser des souvenirs ineffaçables que la doctrine aprioriste et métaphysique du XVIII^e siècle avait laissés dans les esprits. En effet les attaques les plus violentes qu'avait à soutenir cette renaissance du droit naturel ont été adressées à cette sorte de parenté intellectuelle qui, prétendait-on, existe entre la doctrine rationaliste du XVIII^e siècle et les défenseurs du mouvement moderne. On avait le tort de simplifier étrangement la tendance actuelle en l'identifiant avec les idées compromises pour toujours et que personne ne songe plus à défendre. Cette fois on enfonçait vraiment une porte toute ouverte (2).

Un autre reproche fait à l'Ecole, et bien plus mérité, concerne le principe lui-même. L'idée d'un droit naturel

(1) Le Fur, *Le fondement du droit*, *passim*. — Le Fur, *La théorie du droit naturel*, 1927, pp. 6, 7, 92, 95, 135, 136, 141. Le Fur, *Le positivisme juridique et les doctrines de Duguit*, Cours libre fait à la Faculté de Paris en 1929-1930. — Rapp. Geny, *Science et Technique*, II, pp. 390, 392.

(2) Cf. Le Fur, *La théorie du droit naturel*, p. 75⁴. — Le Fur, Cours libre 1929-1930.

est liée, dit-on, le plus souvent, à un concept d'ordre métaphysique, appartenant au domaine de l'inconnaissable, soustrait à l'expérience et à la connaissance directe. C'est un terrain étranger à la science positive et qui ne peut pas posséder une autorité nécessaire pour diriger notre conduite. Très souvent ce sont les superstitions et les fantaisies juridiques issues de l'imagination métaphysiques (1). — On répond à ces objections qu'il est impossible de faire de la science sans réserver une part à la métaphysique : un acte de foi — phénomène métaphysique par excellence — préside nécessairement à toutes nos opérations intellectuelles. Il s'agit de la foi que nous attribuons à l'exactitude de notre raison même — croire à la raison est déjà une métaphysique. L'homme fait de la métaphysique inconsciemment, comme il respire ; il est un animal métaphysique.

Quoi qu'il en soit de cette controverse, il est important de noter que le reproche relevé ne doit pas être étendu à tous les partisans contemporains du droit naturel. Il y a parmi eux en effet des écrivains très éminents qui ne rattachent leur conception du droit à aucune idée transcendante déterminée. Ce sont les disciples d'Aristote pour lesquels est naturel ce qui est conforme à la nature tel qu'il nous est donné de la connaître.

Mais la critique la plus grave faite à l'École nouvelle tient à la déception produite par son impuissance à nous

(1) Cf. Duguit, *Le droit constitutionnel et la Sociologie* (Dans la *Revue internationale de l'enseignement*, 1899. n° 11), p. 487. — Knapp, *System der Rechtsphilosophie*, 1857.

fournir une direction concrète. La formule est, en effet, trop générale, trop vague et trop imprécise pour pouvoir nous servir de principe et régler notre conduite avec la fermeté et l'autorité nécessaires. « Qu'est-ce qu'un droit inconnu par ceux qui l'ignorent ? » — se demandait Courcelle-Seneuil (1). Un idéal variable est en fait un cadre où chacun place ce qu'il veut. « Nous cherchons dans un droit idéal une règle de direction et une justification de l'obéissance et voici que ce droit prend une telle plasticité qu'il épouse les règles de droit au lieu de les dominer et identifie ce qui est avec ce qui doit être » (2). M. Geny lui-même constatait que « finalement, on peut à peu près affirmer qu'au point où il deviendrait vraiment utile à la vie, le droit naturel refuse ses services » (3).

Les défenseurs du droit naturel se sont efforcés alors de préciser son contenu : ils l'ont serré, réduit, minimisé. Et ils ont déclaré que leur principe se ramène à celui de justice qui, lui-même, contient un petit nombre de règles presque universellement admises (4). Mais alors, remarque M. Cuche, « pourquoi de si larges bases pour un édifice si exigü... pourquoi cette façade prétentieuse pour ce qu'il y a d'instinctif et presque d'irraisonné dans l'ordre juridique ? » (5).

(1) Courcelle-Seneuil, *op. cit.* p. 412.

(2) Ripert, *La Règle morale dans les obligations civiles*, p. 18.

(3) Geny, *Les procédés d'élaboration du droit civil*, p. 187.

(4) Cf. Geny, *Science et Technique*, II, pp. 354, 390, 392. — Le Fur, *La Théorie du droit naturel*, pp. 130, 131.

(5) Cuche P. *Conférences de la philosophie du droit*, p. 22.

Ainsi le droit naturel « irréductible » n'a pas été mieux reçu que le droit naturel « à contenu variable », ni que celui « à contenu progressif ». Il porte avec lui toujours la tare de son humanité, comme l'a objecté M. Ripert, et on ne voit pas ce qui peut le différencier de cette raison humaine qui légifère ou qui juge (1).

L'impression générale qui se dégage de toutes les opinions présentées, c'est que, sous le nom de droit naturel se cache cette même matière que nous avons trouvée en analysant la notion de la justice ; et de plus, il faut le reconnaître, elle se présente alors à nous sous un terme bien moins précis, sous une formule qui laisse le champ libre à toutes les conceptions arbitraires possibles. Du reste, comme nous l'avons vu plus haut, les auteurs modernes les plus autorisés, de même que les anciens, reconnaissent que le droit naturel n'est rien autre que la justice. (2).

Quant à nous, l'expression justice nous paraît bien préférable à celle du droit naturel. Cette dernière est sujette en effet à une double objection : d'abord c'est une expression d'école qui par sa puissance évocatrice n'égale pas la

(1) Ripert, *op. cit.* p. 421.

(2) Cf. à titre d'exemple pour les anciens : Fragment d'Archytas dans Chaignet, *Pythagore*, pp. 299, 300. — Cicéron, *De legibus*, I, 6, — Feitu, *Domat et sa conception philosophique du droit*, p. 35. — Pour les modernes : Bonnecase, *La notion du droit en France*, p. 167. — Capitant H. *Introduction à l'étude du droit civil*, p. 11. — Geny, *Science et Technique*. II, p. 354. — Le Fur, *La théorie du droit naturel*, p. 130. — Oudot, *Premiers essais de philosophie du droit*, pp. 63, 69. — Renard G. *Le Droit, La Justice et la Volonté*, p. 95.

justice, c'est un terme avec lequel le grand public n'est point familiarisé, de plus le souvenir de la doctrine rationaliste de Grotius pèse encore trop lourdement sur elle.

Mais la critique principale, concernant le malheureux choix du terme, est d'ordre purement juridique. En réalité, le droit *naturel* n'existe pas. L'expression « droit » — si l'on veut éviter les confusions funestes — doit rester réservée pour désigner une règle de conduite sanctionnée par le pouvoir social organisé — toute autre règle de la conduite humaine est du domaine de la morale. De la sorte qu'on pourrait parler d'une morale naturelle, mais jamais d'un droit naturel.

Si l'on voulait conserver à tout prix cette expression, elle devrait être destinée à régler les rapports entre les animaux et les hommes, ou entre les animaux eux-mêmes. C'est en vertu de ce droit naturel que Dieu nous a établis maîtres des poissons de la mer, des oiseaux du ciel, des animaux qui se meuvent ou qui rampent à la surface de la terre — tout cela à la condition que nous soyons plus forts que ces créatures. C'est en vertu de ce droit naturel aussi que les gros poissons mangent les petits. Mais nous avons vu que les relations entre les hommes se règlent d'une manière différente et que dans la discussion qui précède sur le droit naturel, il n'est question que des rapports entre les hommes. La notion d'un droit naturel dans cette acception est donc inutile et superflue, elle se confond avec la morale.

En ce qui concerne les autres critiques adressées au mouvement moderne désigné sous l'expression de droit naturel, il nous semble qu'elles sont dues à un malen-

tendu fondamental, résidant dans un défaut de discrimination ou plutôt dans l'imprécision de la terminologie. On n'a jamais suffisamment insisté — quoique Aristote en eut magistralement énoncé le principe — sur la distinction qui existe entre la *forme* et la *matière* de la justice. Il est vrai que dans la notion de justice il y a quelque chose d'absolu et d'immuable — c'est sa forme qui est transcendante dans le sens le plus strict du mot ; il n'est pas moins vrai d'autre part que la justice comporte en même temps un élément essentiellement contingent — c'est son contenu qui est sujet à des changements incessants. Le principe d'identité restera toujours immuable — 4 égalerait 4 même lorsqu'il n'existerait point des quantités à mesurer — mais la composition des choses à comparer peut varier à l'infini. Ainsi la forme du droit est une et définitive, mais son contenu est changeant par essence (1).

(1) L'idée a été très clairement exprimée par Stammler qui, en critiquant la doctrine du droit naturel du XVIII^e siècle dit : « Der Fehler des Naturrechts lag darin, dass es eine absolute Geltung nicht nur für die *Methode*, sondern zugleich auch für den danach bearbeiteten *Stoff* behauptete ». — *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, p. 118.

Le fait n'a pas échappé non plus à certains défenseurs modernes du droit naturel, mais on ne l'a pas soutenu avec assez d'énergie, exception faite toutefois de Saleilles, Le Fur et G. Renard.

CHAPITRE IV

DE LA MORALE ET DU DROIT

La quatrième et la dernière notion représentant cette matière-mère du droit positif que nous allons examiner est celle de la morale. C'est dans la Morale, affirme-t-on le plus souvent, que le droit puise son contenu et ce n'est que par elle qu'il se justifie — un droit immoral ne peut pas s'imaginer théoriquement.

Nous nous proposons donc d'étudier dans ce chapitre la règle morale relativement au droit et à la notion de justice. C'est en effet sous ce rapport qu'elle nous intéresse surtout.

§ XVII. — DE LA RÈGLE MORALE

ET DE LA SCIENCE DES MŒURS

La morale, en général, est l'ordonnance de nos actions d'après le principe du bien. Elle suppose par conséquent deux choses : la connaissance du bien et la volonté de le pratiquer. En admettant que nous possédions cette connaissance, notre volonté de pratiquer le bien — il ne s'agit que des actions raisonnées — est inconditionnelle et nécessaire.

Cependant nous avons vu que la raison pure est impuissante à nous suggérer la vérité, à nous faire connaître les objets et les rapports tels qu'ils existent par eux-mêmes. De sorte que par les opérations purement rationnelles nous ne sommes pas capables de nous procurer une conviction absolue sur le bien. « Or, comment pourrais-je connaître les qualités d'une chose dont j'ignore la nature ? » — se demandait Socrate (1).

Mais, si par rapport à la connaissance nous ne possédons pas le critérium du vrai, nous ne sommes pas exclusivement des esprits qui connaissent et qui conçoivent : nous sommes également des êtres vivants qui par cela même ont besoin d'action — nous sommes des êtres agissants. Le scepticisme logique ne doit pas avoir pour conséquence l'inaction vitale.

Un besoin pratique nous pousse ainsi à nous ériger une règle d'action, qui, cette fois-ci ne peut être que le produit d'un acte *arationnel*. Pour régler notre conduite nous sommes donc obligés de nous imposer un principe du bien, à la base du postulat, qui sera ainsi un produit de vraisemblance et qui dirigera nos actions raisonnées d'une manière inconditionnelle.

Il est évident par cela même que tout impératif catégorique est basé sur une idée *a priori*, sur un acte de croyance qui peut être un dogme ou une révélation, mais jamais une vérité susceptible d'être prouvée. Telle a été déjà l'opinion de Carnéade et de la nouvelle Académie, et l'impératif catégorique de Kant n'est qu'une tentative

(1) Platon, *Menon*, p. 139.

à désubjectiver notre postulat par l'affirmation de l'existence d'un sentiment moral inné, appelé devoir — *was uns zu thun gebührt, dess sind wir nur gewiss*, enseignait le philosophe de Königsberg (1).

La conséquence la plus grave qui résulte pour nous de cet état de choses, c'est que la règle morale n'est pas objective par sa nature, qu'il y a autant de règles morales que de consciences individuelles et de postulats possibles : la vérité morale n'est pas un principe indiscutable, elle n'est pas une donnée de la science.

Mais si cette morale, théorique en tant qu'art moral rationnel prescrivant pour l'avenir la règle à un individu, est en dehors du domaine de la science, elle n'en reste pas moins, considérée dans ses effets par rapport à un groupe donné et pour le passé, l'objet de la science sociale. En d'autres termes, si la morale théorique individuelle n'est pas une donnée de la science, la morale pratique en est l'objet. En effet, la science, dans le sens strict du mot, est la connaissance de ce qui est : elle a pour fonction de connaître et non de prescrire, la science pure n'est pas normative.

Par conséquent lorsque nous examinons la règle morale dans la matière sociale, nous nous plaçons exclusivement sur un terrain objectif : nous considérons la morale régnante d'un groupe telle qu'elle s'offre à nous *a posteriori*. C'est d'ailleurs un fait d'une extrême évidence que, dans une collectivité donnée, il existe une morale

(1) Cf. Capitant R. *op. cit.* pp. 17, 27. — Charmont, *La renaissance du droit naturel*, pp. 60, 76. — Lévy-Bruhl, *op. cit.* pp. 50, 51.

commune, moyenne, observable, manifestée par des actions multiples. L'étude de cette réalité, composée de la conscience générale, fait l'objet de ce qu'on appelle communément la science des mœurs. La science des mœurs, à la différence de la morale théorique, a ainsi pour objet un phénomène, un indicatif, « ce qui est » et non point un impératif, « ce qui doit être ». La règle morale théorique par rapport à la science des mœurs est dans la même relation que le droit idéal l'est au droit positif (1).

§ XVIII. — DU RAPPORT ENTRE LA MORALE ET LA JUSTICE

Sous le bénéfice de la distinction relevée dans le paragraphe précédent, notre tâche principale consiste à examiner le rapport qui existe entre la morale et la notion de la justice. Et pour poser la question sur son vrai terrain, il importe d'abord de mettre à l'écart la thèse connue sous le nom de « formalisme juridique ».

Cette école représentée en France surtout par MM. Carré de Malberg et Jèze, ne touche pas directement notre problème. Les auteurs qui s'en réclament sont d'avis que l'étude du droit doit se borner au droit *positif* lui seul, et que ce droit, effectivement en vigueur et appliqué, ne peut être reconnu que grâce à sa *forme* qui lui est

(1) Cf. Anthony, *op. cit.* p. 188. — Capitant R. *op. cit.* p. 1. — Durkheim, *Les règles de la méthode sociologique*, 2^e éd. 1901. — Durkheim, *Sociologie et philosophie*, 1924, pp. 56, 113, 115. — Lévy-Bruhl, *op. cit.* pp. 10, 16, 97, 99, 191, 197. — Tourtoulon, *op. cit.* p. 573.

donnée par le pouvoir public. Lorsqu'ils se proposent donc d'étudier le droit positif, ils l'envisagent comme une donnée, comme un objet d'étude bien délimité, et non pas comme une matière sans cesse mouvante et en cours de création. S'ils séparent la règle juridique de toutes les autres, c'est parce qu'ils se placent dans un moment où cette règle est déjà formée, cristallisée. La thèse formaliste consiste à traiter le droit positif non pas sous un aspect dynamique, mais sous un aspect statique. Elle se rattache donc exclusivement au problème de la méthode juridique (1).

Le vrai problème qui nous intéresse en ce moment est celui de savoir si les notions de la morale et de la justice sont d'ordre disparate ou analogue, si elles diffèrent par leur essence, ou si la différence qui existe entre elles n'est qu'une différence de degré. En d'autres termes, peuvent-elles être ramenées à une notion unique, ont-elles ou n'ont-elles pas un *genus proximus* commun ?

Des auteurs très éminents, mais non très nombreux, se sont faits les défenseurs de l'idée que la morale et la justice sont les concepts d'ordre disparate. Tellé nous semble être l'opinion de M. Geny qui écrit : « Au fond, le droit ne trouve son contenu propre et spécifique, que dans la notion du juste, notion primaire, irréductible et indéfinissable... Or, cette notion se distingue aisément, tant des notions du beau et du vrai, qui répondent à de tout autres concepts, que, même encore, de celles du divin et du bien qui suggèrent les règles soit de la religion,

(1) V. infra, § 26. — Cf. Jèze, *op. cit.*, pp. 30, 38.

soit de la morale » (1). La notion du juste serait donc dans l'opinion de M. Geny irréductible et indéfinissable en même temps que distincte de la morale. En analysant la notion de la justice, nous avons suffisamment démontré qu'elle est au contraire dérivée, réductible et définissable (2). Quant à l'affirmation que le juste est distinct du moral par son essence, l'auteur lui-même semble le nier un peu plus loin lorsqu'il déclare : « cette règle morale, qui repose essentiellement sur la distinction du bien et du mal... prend parfois le caractère de règle juridique, grâce à une injonction plus catégorique et à une sanction extérieure nécessitée par le but à atteindre » (3). Ainsi abstraction faite d'une contradiction possible, nous préférons interpréter le second texte comme un abandon tacite de l'opinion primitive de cet auteur éminent.

Un autre jurisconsulte, d'ordinaire très ingénieux et très critique, M. de Tourtoulon a émis sur la matière des opinions difficilement admissibles. A la page 570 de son intéressant ouvrage (4) il constate : « C'est par son objet même qu'il (le droit) se différencie de la Morale ; l'un étant la science du Juste, l'autre la science du bien, notions irréductibles ». Un peu plus haut, le même auteur déclare : « Ce qui est bien peut être juste ou injuste ; ce qui est juste peut être bien ou mal... Il est fort possible que dans certains cas l'esclavage soit bon, il est logique-

(1) Geny, *Science et Technique*, I, p. 50.

(2) V. *supra*, § 2.

(3) Geny, *op. cit.*, II, pp. 360, 361.

(4) Pierre de Tourtoulon, *Les principes philosophiques de l'histoire du droit* (2 vol. 1908-1919).

ment impossible qu'il soit juste » (1) et surtout : « une loi incontestablement injuste peut être parfaitement justifiée aux yeux de tous » (2). Il est vrai que M. Tourtoulon se place ici sur le terrain de la justice métaphysique, mais ce n'est qu'une erreur de plus : nous savons que la justice métaphysique, de même que la morale théorique, n'appartient pas à la science. Ce peut être une hypothèse, plus ou moins arbitraire, tandis que nous sommes obligés de prendre la réalité sociale telle qu'elle s'offre à nous au lieu de la modifier selon nos tendances psychologiques. Lorsque tous les auteurs de l'Antiquité nous affirment que l'esclavage était juste de leur temps, il est irrationnel d'affirmer, en lui prêtant nos conceptions actuelles, qu'ils se sont trompés : ce serait déclarer faux tous les rapports du passé. Et ce paradoxe, cette « injustice... parfaitement justifiée aux yeux de tous » qu'est-ce autre chose que la justice concrète d'un moment ? Il est logiquement inévitable que les postulats faux engendrent des conclusions fausses ; ainsi la prétendue différence entre le juste et le moral ne peut être nullement admise en vertu de l'argumentation de M. de Tourtoulon. Si l'auteur avait procédé au préalable à l'analyse de l'idée de justice, nous croyons qu'il aurait évité d'émettre des opinions semblables.

Dans une thèse récente, influencée fortement par la philosophie kelsenienne, M. R. Capitant (3) professe la

(1) *op. cit.*, p. 565 ; *ad.* dans le même sens, pp. 566, 567.

(2) *op. cit.* p. 572. — Cf. *infra*, § 21.

(3) R. Capitant, *L'Illicite*, T. I, *l'Impératif juridique*, thèse Paris 1928.

même doctrine sous une forme très scientifique. La conclusion à laquelle il arrive et qui devrait révéler la distinction qui nous intéresse est la suivante : « L'impératif juridique est posé en vue de la réalisation d'un *ordre social* (cet ordre social s'appelle *le juste*). L'impératif moral est posé en vue de la réalisation d'un *ordre individuel* chez le sujet (cet ordre individuel s'appelle *le bien*) » (1), et un peu plus loin : « L'impératif moral est celui qui est énoncé en vue d'un idéal individuel. L'impératif juridique est celui qui est énoncé en vue d'un idéal social » (2).

La distinction est donc très nette, mais répond-elle à une nécessité concrète, est-elle justifiée ? Nous ne le croyons point. Elle repose sur une discrimination entre l'ordre individuel et l'ordre social, sur une discrimination qui est non seulement inutile et superflue, mais qui est fausse. Peut-il exister un ordre social sans un ordre individuel, et un ordre individuel sans un ordre social, ou tous les deux séparés l'un de l'autre ? Il est impossible d'imaginer quelque chose de pareil (3). Au contraire, ces deux ordres se complètent et se pénètrent :

(1) *Op. cit.* p. 176 ; *ad.* 122, 128, 169, 180 où l'auteur expose la nécessité de discriminer la morale positive et la morale idéale du droit positif et du droit idéal. Nous avons eu l'occasion d'insister à maintes reprises sur le fait que les problèmes du droit idéal et celui de la morale idéale ne se posent pas scientifiquement dans une discipline sociale.

(2) *Op. cit.* p. 198 ; *ad.* pp. 176-179.

(3) « L'homme isolé n'existe pas, il est une hypothèse : *Unus homo, nullus homo* », dit M. H. Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, 3^e éd. p. 1.

l'ordre social n'existe pas pour lui-même, mais pour permettre la réalisation d'un ordre individuel — autrement il serait privé de tout fondement et il n'aurait plus sa raison d'être. Pourquoi les individus contribueraient-ils à l'existence et au perfectionnement d'un ordre social sinon pour réaliser et perfectionner leur propre ordre ? Pourquoi les individus, mécontents de l'ordre social existant s'efforceraient-ils de le détruire ? Disjoindre l'ordre social et l'ordre individuel, c'est dire que l'armée est faite pour vivre dans les casernes et non pas pour assurer notre sécurité, que le piano sert à être placé dans le salon et non pas à nous faire entendre de la musique.

§ XIX. — DE L'UNITÉ DE LA RÈGLE DE CONDUITE

Il est donc évident que, par rapport à la notion de justice, la morale n'est pas un concept disparate ; entre ces deux domaines il n'y a pas de différences de qualité : ce doivent être par conséquent des notions analogues ayant un but commun. Et telle est bien en réalité l'opinion de la grande majorité des auteurs (1).

Nous avons démontré plus haut que l'idée de la justice repose sur une norme et nous venons de voir que la règle de la morale de même représente une norme c'est-à-dire une règle de conduite (2). Et la question qui se pose est celle de savoir si un individu, une entité vitale,

(1) « *Quid leges sine moribus.*

Vanæ, proficiunt... », se demandait Horace (L. III, carm. XXIV).

(2) Cf. *supra*, § 2.

peut posséder deux règles de conduite dont les fins ne seraient pas identiques ? L'affirmative serait logiquement impossible. Nous avons constaté que tout acte raisonné est entrepris en vue de la réalisation d'un certain but, que ce but suprême est la conservation et le perfectionnement de l'être et que les fins intermédiaires doivent nécessairement graviter vers la fin dernière. Que par un acte réfléchi j'augmente mon être, que je le diminue par un autre, ou que j'entreprenne une action qui n'est en aucune relation avec ma substance vitale — c'est là une hypothèse absolument inconcevable. Nous sommes donc forcés de conclure à l'unité de la règle de conduite et de déclarer artificielles en cette matière toutes les distinctions de qualité. La vie, en tant que phénomène naturel, est indivisible (1).

Dans le domaine du droit, cette vérité est généralement admise. Le juste est pénétré, ou, mieux, rempli par le moral : une action juste ne peut être immorale,

(1) Quant à la base de l'éthique et conformément à nos développements antérieurs, nous préférons la chercher dans l'instinct biologique de conservation plutôt que dans une idée transcendante, vide d'un contenu propre. Il est évident que cette opinion ne doit être nullement considérée comme une dégradation de la morale, de cette règle suprême de notre conduite. Dans tous les systèmes des morales transcendantes nous ne voyons en somme que la tendance à persévérer et surtout à augmenter notre être. Et si nous avons une masse de morales théoriques différentes, cela nous paraît être surtout le résultat de la diversité d'opinions sur le problème de la perfection. A ce point de vue, il est caractéristique de noter que toutes les morales théoriques se rapprochent singulièrement dans leurs applications pratiques. — Cf. Bunge, *op. cit.* pp. 171, 173. — Jaurès, *op. cit.* pp. 17, 20. — Lévy-Bruhl, *op. cit. passim.*

ce qui est injuste ne peut être indifférent à la morale. Notre conscience et notre raison se révoltent contre une affirmation contraire. L'antagonisme entre la justice et la morale n'existe pas, il est contredit par des faits : le droit et la morale sont inséparables.

Pour s'en convaincre, il suffit de renvoyer à la lecture d'un code quelconque : l'obligation naturelle, l'enrichissement injuste, l'interdiction des contrats immoraux et des conditions illicites, le traitement inégal du dol et de la faute, la théorie de la cause, la protection des faibles, etc., etc., — toutes ces institutions nous prouvent la moralité du droit. Les pays musulmans, où la religion, partant la morale officielle, englobe tout le droit, peuvent nous servir d'exemple général.

En ce qui concerne notre civilisation chrétienne en particulier, M. Ripert a démontré d'une manière irréfutable que même dans sa partie la plus technique, dans la matière des obligations, le droit reste dominé par la loi morale : « Il n'y a en réalité entre la règle morale et la règle juridique aucune différence de domaine, de nature et de but. Il ne peut y en avoir, car le droit doit réaliser la justice et l'idée de justice est une idée morale » (1). Rien de plus clair ni de plus vrai.

(1) Ripert G. *La règle morale dans les obligations civiles*, 2^e éd. p. 11 ; *ad.* pp. 1, 5, 27, 31. — Cf. dans le même sens : Beudant, *op. cit.* p. 5. — Boistel, *op. cit.* p. 71. — Bunge, *op. cit.* pp. XVII, 202, 203. — Capitant H. *op. cit.* p. 3. — Chauffard A. *Introduction à l'encyclopédie juridique d'Ahrens*, 1866, pp. 13, 17. — Cornil, *op. cit.* p. 40. — Courcelle-Seneuil, *op. cit.* p. 397. — Durkeim, *Sociologie et Philosophie*, pp. 52, 113, 114. — Gorphe, *op. cit.* p. 16.

Cependant il est important de le constater, si, entre les règles de la justice et celles de la morale il n'y a pas de différence de nature et de qualité, il y a une différence de degré. Si ces notions étaient identiques en effet, pourquoi aurions-nous besoin de l'une à côté de l'autre ? Cette dualité s'impose à nous, parce que ces notions diffèrent quantitativement. Une règle peut faire partie de la morale, sans pour cela être nécessairement juste. Ainsi, par exemple, tout le monde s'accordera à reconnaître qu'il est juste et moral que l'ouvrier reçoive l'équivalent de son travail ; mais personne aujourd'hui ne trouvera juste qu'il reçoive une valeur supérieure au travail fourni, c'est-à-dire que le patron se dépouille de son capital en faveur de l'ouvrier ; cette action serait cependant hautement morale. On peut dire d'une manière générale que tout ce qui est juste est moral, tandis que tout ce qui est moral ne doit pas être en même temps juste. Le rapport du juste et du moral est le rapport du spécifique au générique.

C'est cette distinction qui a servi notamment de base à la célèbre doctrine de Jellinek sur le minimum éthique. D'après cet auteur (1), le droit assure le minimum de morale nécessaire à une société pour exister. Sans entrer dans les détails de la doctrine, nous tenons à accepter

Lévy-Ullmann, Cours de doctorat 1927-1928, pp. 166, 173. — Taranovski, *op. cit.* pp. 110, 115, 117, 120. — Volansky, *op. cit.* pp. 170, 183.

(1) Jellinek, *Die sozialetische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, 2^e éd. 1908. — Adde, Bunge, *op. cit.* pp. 203, 205, 212. — Taranovski, *op. cit.* pp. 110, 115.

sa thèse comme étant prouvée d'une façon évidente par les faits.

En définitive on pourrait dire que la notion de justice embrasse tous les devoirs moraux, sauf ceux qui sont considérés dans un cas déterminé comme appartenant au domaine de la charité.

§ XX. — L'IDENTITÉ DE SUBSTANCE DES NOTIONS DE JUSTICE, D'ÉQUITÉ, DU DROIT NATUREL ET DE LA MORALE.

— CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE —

Il résulte de tous nos développements précédents qu'à l'heure actuelle les expressions : Justice, Équité et Droit Naturel désignent les concepts qui ne diffèrent entre eux ni qualitativement ni quantitativement, que ce sont par conséquent des notions identiques. Et puisqu'il s'agit, afin de simplifier la discussion, de choisir entre elles, nous avons déclaré que nos préférences allaient à l'expression « Justice, » et nous en avons donné les raisons (1).

En ce qui concerne le rapport existant entre la notion de morale et la notion de Justice, il est démontré que ce rapport est une relation du générique au spécifique ; que ces notions sont des concepts du même genre mais non pas de la même étendue : la notion de la justice est hiérarchiquement subordonnée à la notion de la morale.

Il nous faut à présent faire dans cette hiérarchie sa place au droit positif et c'est là justement le principal objet de cette étude. Le droit positif, étant aussi une règle de conduite, il est tout à fait évident, qu'entre lui et les

(1) V. *supra*. § § 12, 16.

notions précitées il ne peut pas y avoir de différences de qualité ou de nature. La démonstration que nous avons faite d'ailleurs à propos de la relation morale-justice est applicable dans toute son ampleur à la matière présente. Pour connaître ainsi la place qui appartient au droit positif il est nécessaire de le soumettre à une analyse sommaire qui nous permettra de dégager sa différence spécifique.

Le droit positif se présente à nous comme une règle de conduite générale, commandée par la conscience commune d'un groupe et investie de la contrainte sociale en vue de son application constante. Dans l'état actuel de la civilisation, ce groupe compétent est représenté en général par l'Etat. La différence spécifique du droit positif est ainsi qu'il consiste en une règle de conduite dont l'inobservation entraîne l'exercice de la contrainte sociale (1).

Maintenant en comparant le droit positif et la morale, nous constatons que tous les deux commandent, mais tandis que la règle de droit commande sans donner de motifs au sujet intéressé, la règle morale se propose à son libre arbitre. Il en résulte que la morale n'édicte que des devoirs unilatéraux, tandis que le droit positif crée à la fois des devoirs et des prétentions (2).

Une autre différence entre le droit et la morale, propo-

(1) Cf. Geny, *Science et Technique*, II, p. 361. — Picard E. *Le droit pur*, p. 34. — Ripert, *La Règle morale*, p. 11.

(2) Durkeim, *Sociologie et Philosophie*, p. 50. — Ripert, *op. cit.* p. 11. — Taranovski, *op. cit.* p. 118.

sée par Tarde, nous paraît devoir être rejetée. D'après cet excellent auteur, à la différence de la morale « ...la construction d'un Droit n'est point seulement une œuvre de *téléologie sociale*... mais aussi une opération de *logique sociale*... Avant tout, l'élaboration juridique... est une systématisation ; ou, si l'on veut, c'est de la *téléologie présentée sous couleur logique* » (1). A notre sens, cette distinction est purement artificielle et en outre elle est superflue et tautologique. Tous les phénomènes en effet qui se ramènent à un principe unique forment une logique, en sorte que chaque téléologie est nécessairement une logique. Par conséquent la morale et le droit, vu l'unité de leur but, forment une seule logique, et à ce point de vue aucune différence ne peut exister entre eux.

La principale question qui se pose est cependant celle de savoir quelles règles morales vont être admises dans la sphère du droit positif ? La réponse est très nettement formulée par Courcelle-Seneuil dans les termes suivants (2) : « Appartiennent au droit, les règles dont l'observation semble si importante que, si on ne les observait, la société ne pourrait subsister sans que les individus y diminuassent en nombre et en qualité. Appartiennent à la morale, les règles dont l'utilité est moindre ou moins certaine et celles pour l'observation desquelles l'emploi de la contrainte présenterait plus d'inconvénients que d'avantages ». — Nous voyons ainsi qu'au fond ces deux sphères, morales et droit, se délimitent

(1) Tarde G., *Les transformations du droit*, 8^e éd. 1922, p. 150.

(2) Courcelle-Seneuil, *Préparation à l'étude du droit*, 1887, p. 203.

d'après le principe du minimum éthique rencontré plus haut.

Il nous semble du reste que le phénomène en vertu duquel le droit n'englobe pas notre règle de conduite toute entière, est le résultat de cette double tendance : d'une part, l'existence d'une collectivité n'exige pas dans un moment donné que certaines actions soient réglées autoritativement ; d'autre part, la tendance vers une liberté individuelle aussi large que possible veut que la plupart de nos actions échappent à la contrainte.

Il est évident en tout cas que par rapport à la morale le droit positif est une notion subordonnée, en ce sens qu'elle n'embrasse qu'une portion de la règle morale. Telle est de même la relation existant entre la justice et le droit positif : tout ce qui est admis par le droit est juste en principe, le droit cependant n'englobe pas le juste tout entier comme nous l'avons vu à plusieurs reprises : le juste se rapporte au juridique, comme le *genus* à la *species*, comme le générique au spécifique.

Nous sommes ramenés de la sorte à conclure par la constatation suivante : il n'y a qu'une seule règle de conduite, mais elle comporte trois degrés : la morale, la justice et le droit positif. La notion de la morale est la plus large et elle embrasse les deux autres ; la justice à son tour englobe le droit positif comme une notion plus étroite. On pourrait dresser ainsi, à l'exemple de Bentham, trois cercles concentriques qui auraient le même centre, mais dont les circonférences seraient inégales : celle du droit est la plus petites, celle de la justice est plus grande et celle de la morale enfin les dépasse toutes

deux et ses limites paraissent s'élargir toujours de plus en plus. Au-dessus du *vinculum juris*, nous avons un *vinculum aequitatis* et par dessus tout *vinculum morum bonorum* qui, à ce point de vue, égale *vinculum caritatis*.

Il faut bien se garder cependant de croire que les frontières de ces trois cercles soient fermes et définitives. Elles sont dans une fluctuation incessante et en réalité elles n'existent que dans notre imagination. La matière qui les remplit est dans un mouvement incessant : les règles de conduite concrètes passent d'un cercle à l'autre et au sein d'un cercle déterminé elles oscillent sans arrêt en s'approchant ou en s'éloignant des cercles voisins. Le cas normal paraît être celui d'une règle d'abord purement morale qui est admise à un moment donné dans le cercle de la justice, pour être sanctionnée enfin par le droit. Il est évident du reste que le mouvement inverse est également possible.

Une règle de conduite, pour parvenir jusqu'au droit doit subir ainsi une triple épreuve : elle est reçue d'abord comme une idée morale, puis elle est reconnue juste et enfin, si elle est appréciée comme indispensable à une société, elle est admise par le droit positif. Et c'est un spectacle curieux que de constater — phénomène qui prête à de tristes réflexions — que plus une idée est élevée moralement, plus elle est éloignée du droit et plus il lui est difficile d'entrer dans la sphère de celui-ci. Ainsi la générosité, le renoncement, la charité, qui se trouvent au sommet de notre éthique, sont tellement loin d'être admis par le droit positif — suivant notre schéma et l'état

actuel de notre société, ils ne sont pas admis même encore au cercle de la justice.

On peut remarquer du reste dans une civilisation déterminée, une tendance de la part des deux cercles extérieurs à entrer dans la sphère de droit. Celle-ci englobera ainsi un jour la morale toute entière. Cette constatation est d'ailleurs d'une importance purement théorique, vu que les conceptions morales au sein d'une même société évoluent et s'élargissent sans cesse. Il viendra un jour peut-être où l'humanité se surpassera par sa morale en reconnaissant les droits aux animaux « qui font aussi partie de la société, qui travaillent et qui meurent pour elle » (1).

Cette absorption progressive des rapports sociaux par le droit et cette pénétration d'idées morales dans le domaine juridique peuvent être qualifiés avec raison comme l'a fait justement remarquer Stammler, de moralisation du droit en même temps que de légalisation de la morale — *Ethisierung des Rechtes... ebenso gut... wie... Legalisierung der Moral* (2).

En fin de compte, nous voyons que la notion de justice est une notion intermédiaire entre le droit positif et la morale et que ce sont les données morales qui se trou-

(1) Charmont, *Le droit et l'esprit démocratique*, p. 39. — Dans le même sens, H. Lévy-Ullmann, *Eléments d'introduction générale*, I, p. 60.

(2) Stammler, *op. cit.* p. 55. — Cf. Charmont, *op. cit.* p. 68. — Groppali, *op. cit.* p. 13. — Ripert, *op. cit.* p. 7. — Tanon, *op. cit.*, pp. 82, 86, 90.

vent à sa base. L'idée de justice est une sorte d'instrument sélectionneur des idées morales dans le sens négatif, un diminutif de la morale ; on pourrait dire que c'est la morale juridique.

Ces trois notions — morale, justice, droit — désignent donc les degrés de nécessité qu'une règle de conduite représente par son contenu à l'égard d'une société donnée. Afin d'éclairer ce que nous venons de dire, reprenons l'exemple cité plus haut : personne ne contestera aujourd'hui qu'il soit juste que l'ouvrier reçoive le produit entier de son travail, quoique cette solution ne soit pas encore consacrée par le droit positif — nous estimons qu'un tel état de choses n'est pas encore indispensable à l'existence de la société actuelle. Ce serait juste, mais ce n'est pas admis par le droit. D'autre part, personne n'affirmera aujourd'hui qu'il soit juste que l'employeur fasse cadeau de ses usines à ses ouvriers, quoique cette action soit morale d'après la doctrine chrétienne de laquelle notre société se réclame avec fierté : ce serait moral, mais ce n'est pas juste dans notre conception actuelle.

Ce qui reste acquis, c'est que les données de la morale se trouvent à la base de la notion de justice, forment sa substance et font évoluer le droit positif (1).

Il n'est pas moins évident par ailleurs qu'un écart subsistera nécessairement entre le droit positif et la justice — celle-ci recule à l'infini et se laisse constamment

(1) Telle est aussi l'opinion de notre éminent maître M. H. Lévy-Ullmann, émise dans Cours de doctorat 1927-1928, p. 173.

désirer. De ce point de vue il est parfaitement exact de dire avec l'auteur de l'Imitation que le juste trouvera toujours de quoi s'affliger et de quoi pleurer.



DEUXIÈME PARTIE

Exposé et critique des écoles juridiques principales relativement à la notion de la Justice

CHAPITRE PREMIER

ÉCOLE UTILITAIRE

§ XXI. — LA THÈSE DE L'ÉCOLE UTILITAIRE

C'est à Epicure qu'appartient la gloire d'avoir fondé le premier la morale sur le sentiment de l'utile et d'avoir basé la notion de justice sur les conventions d'utilité.

On peut se rendre compte de l'opposition que sa doctrine rencontra dès son apparition en lisant ce passage, par lequel son contemporain le philosophe Timon salue l'entrée d'Epicure à Athènes :

« De Sámos est venu le dernier et le plus effronté des physiciens, un mauvais maître d'école, le plus ignorant des hommes » (1).

(1) Diogène de Laërte, *Vies et doctrines des Philosophes de l'antiquité*, trad., M. Ch. Zévrot, Paris 1847, T. II, p. 250.

Les Stoïciens lui imputaient une dissolution de mœurs dont nous ne pouvons guère rapporter les détails et interprétaient d'une façon fort singulière les théories de leur adversaire. Grâce à cette campagne déloyale et encore plus, semble-t-il, grâce aux disciples qui le plus souvent dépravaient les doctrines du maître, la thèse épicurienne est devenue presque synonyme d'immoralisme. Or, en fait, « le plus ignorant des hommes » avait doté l'antiquité d'une conception des plus scientifiques sur l'Univers, menait une vie digne d'admiration et à la formule « réjouissez-vous » il substitua celle-ci : agissez bien — vivez honnêtement (1).

D'après Epicure, il y a deux espèces d'affections : le plaisir et la douleur. La première est naturelle, l'autre est contre la nature. Et ces affections nous indiquent ce qui est à rechercher et ce qui est à éviter, ce qui est bien et ce qui est mal. Notre but unique doit être la santé du corps et la tranquillité de l'âme, le désir d'échapper à la douleur et à l'inquiétude. Par conséquent, ce ne sont point les longs festins, le vin, les jouissances, une table somptueuse qui procurent le bonheur, mais c'est une raison saine, capable d'approfondir les causes et d'écarter les opinions vaines, sources des plus grandes agitations de l'âme. Le principe de tous les avantages, le plus grand de tous les biens, est la prudence qui nous fait distinguer le bien et le mal ; et nous prenons connaissance du bien par les affections du plaisir. Nous fuyons naturellement

(1) Cf. Diogène de Laërte, *op. cit.* pp. 253, 255. — Adde, Bunge, *op. cit.*, pp. 48, 49. — Courcelle-Seneuil, *op. cit.*, p. 423.

la souffrance, semblables à Hercule qui, consumé par sa fatale tunique « frémit, pousse des gémissements, et fait retentir de ses cris les rochers d'alentour, les montagnes de la Locride et les promontoires de l'Eubée » (1).

Comme on peut s'en apercevoir, c'était une doctrine hautement morale et dont les seuls défauts furent sa simplicité et son originalité.

En ce qui concerne le fond de la doctrine, il n'est pas étrange de voir la théorie épicurienne sur la justice pénétrée de considérations utilitaires. Epicure a exposé cette théorie dans ses *axiomes fondamentaux* (2) et nous croyons intéressant d'en extraire le passage suivant :

« La justice naturelle a pour principe l'utilité et repose sur la convention de ne point se nuire mutuellement. Pour les animaux qui ne peuvent point former de convention de ce genre ni s'engager à ne pas se nuire réciproquement, il n'y a ni justice ni injustice. Il en est de même pour les nations dont les membres n'ont pas voulu ou n'ont pas pu s'engager par un pacte à respecter leurs intérêts réciproques. — La justice n'a pas d'existence propre et indépendante ; elle résulte des contrats mutuels et s'établit partout où il y a engagement réciproque de respecter les intérêts des autres. — En soi, l'injustice n'est pas un mal... D'une manière générale, la justice est même partout ; car certaines choses sont utiles dans toute société. Cependant la différence des lieux et diverses autres circonstances particulières font

(1) Diogène de Laërte, *op. cit.* p. 303 ; *ad.* pp. 299, 301.

(2) *Ibid.*, pp. 308, 309.

varier la justice. — Du moment où une chose déclarée juste par la loi est généralement reconnue utile aux relations mutuelles des hommes, elle est réellement juste, qu'elle soit ou non regardée partout comme telle. Que si, au contraire, une chose établie par la loi n'est pas véritablement utile aux relations sociales, elle n'est pas juste ».

On croirait entendre à la fois Pascal, Hobbes, Spinoza, Ihering et les sociologues et positivistes d'aujourd'hui ! Dans l'antiquité cependant, il semble que parmi les juristes et les philosophes, la doctrine ne comptait pas beaucoup d'adeptes. Sauf Cicéron qui fait glisser dans sa définition de la justice, citée plus haut, les mots « *communi utilitate conservata* » (1) sans insister sur ce point, et à l'exception de deux vers d'Horace (2), les anciens ne se montrent pas admirateurs du philosophe de Samos.

Les temps modernes et en particulier le XIX^e siècle étaient destinés, semble-t-il, à reprendre l'idée et à lui donner toute l'ampleur qu'elle méritait. Hume, Locke et Hobbes se sont faits les champions du mouvement et les auteurs postérieurs ne firent que systématiser leurs idées. Le plus grand de ces systématisateurs rénovateurs

(1) Cicéron, *De inventione*, II, 53, 160 ; V. *supra*, § 2. — Cf. Hobbes, *De cive*, l. I, c. 1.

(2) « *Atque ipsa utilitas, justis prope mater et æqui...* ».

« *Nec natura potest justo secernere iniquum* ». — Horace, *Satiræ*, L. I, III, 98 et 113.

a été incontestablement Jérémie Bentham avec ses disciples Mill et Spencer (1).

D'après Bentham toute notre conduite est dirigée par une seule loi, celle de l'utilité. L'homme est instinctivement égoïste, évitant la peine et cherchant le plaisir ; la morale n'est en définitive qu'une régularisation de l'égoïsme. « La nature a placé l'homme sous l'empire du Plaisir et de la Douleur » — ils sont l'origine de toutes nos idées, la raison de tous nos jugements, la cause de toutes nos décisions dans la vie : « la vertu n'est un bien qu'à cause des plaisirs qui en dérivent ; le vice n'est un mal qu'à cause des peines qui en sont la suite » (2). Entre la règle morale et la règle de législation, il ne peut y avoir aucune différence, car l'une et l'autre ont pour but le bonheur des hommes.

Stuart Mill et Herbert Spencer ont complété et épuré la doctrine de Bentham. Ils ont insisté davantage sur le contenu même de cette utilité qu'ils ont trouvée dans l'harmonie finale de tous les intérêts humains et où les considérations spiritualistes jouent un rôle primordial. Spencer surtout donna à la théorie un caractère réellement scientifique et un essor nouveau, en la basant sur les fondements de la biologie et sur des faits psychologiques scientifiquement constatés. Le grand docteur de la

(1) Cf. Baëts, *op. cit.* pp. 57, 58. — Bunge, *op. cit.* pp. 71, 72. — Charmont, *La renaissance du droit naturel*, p. 24. — Courcelle-Seneuil, *op. cit.* p. 374.

(2) Bentham, *Principes de législation*, trad. Et. Dumont 1802, I, pp. 3, 4. — Cf. Boudant, *op. cit.* p. 177. — Bunge, *op. cit.* pp. 71, 73. — Charmont, *op. cit.* pp. 99, 102. — Mirnesco, *op. cit.* pp. 134, 199.

théorie évolutionniste enseignait que le perfectionnement consiste dans une adaptation améliorée, consciente et voulue, des actes de l'organisme à des fins utiles. Et plus l'homme est parfait, plus l'adaptation des moyens aux fins préconçues est exacte. Favoriser cette adaptation, voilà le but de la législation (1).

La doctrine utilitariste, « la grande superstition », fut très énergiquement défendue sur le continent par Ihering en particulier ; suivant cet auteur les droits ne sont que les intérêts juridiquement protégés et c'est en conséquence l'utilité qui fait la substance des droits (2).

En France la théorie utilitaire a reçu une forme très pure et très claire dans l'ouvrage de Courcelle-Seneuil. L'auteur expose sa doctrine en des termes auxquels nous ne pouvons qu'adhérer : « L'homme naissant pour vivre, la vie est sa fin. Par conséquent, ses actes peuvent être jugés bons ou mauvais, selon qu'ils tendent à la conservation et à l'accroissement de la vie ou, au contraire, à la diminution ou à la destruction de la vie dans l'humanité. La vie dans l'humanité sera donc pour nous le critérium du bien et du mal » (3). L'utilité suprême se détermine pour notre auteur d'après les conditions qui développent la plus grande somme de vie dans le genre humain et les termes tels que « juste » et « équitable » ne sont que l'expression de cette utilité suprême, laquelle

(1) Cf. Bæts, *op. cit.* p. 109. — Beudant, *op. cit.* p. 179. — Bunge, *op. cit.* p. 77, 168.

(2) Ihering, *L'évolution du droit*, Préface ; Cf. *supra* § 5.

(3) Courcelle-Seneuil, *Préparation à l'étude du droit*, 1887, p. 379 — Adde, pp. 373, 380, 383, 423.

est la pierre de touche du bien et du mal (1). Comme on s'en aperçoit aisément, la doctrine de Courcelle-Seneuil est une application du principe spinoziste ; elle est absolument conforme dans ses grandes lignes à nos développements précédents (2).

§ XXII. — LA CRITIQUE DE L'ÉCOLE UTILITAIRE

La thèse de l'école utilitaire, telle qu'elle est exprimée par ses principaux théoriciens, est très scientifique et très rationnelle, elle ne comporte aucun élément arbitraire, il faut lui en rendre l'hommage. La méthode saine inaugurée par elle a eu pour conséquence d'éviter tous les postulats suprahumains et de traiter les hommes tels qu'ils sont.

Rien n'est plus évident que le fait d'après lequel la sensibilité — essence de la vie — est la source de tous les actes et de toutes les idées humaines. De plus l'existence d'un instinct nous poussant à fuir la peine et à chercher le plaisir n'est pas moins évident ; l'humanité, c'est vraiment Hercule qui s'évade de son éternelle tunique de douleurs. Par conséquent il est clair que l'égoïsme est la base de toute activité, tant personnelle que sociale, et que la règle de conduite est une et unique.

D'un autre côté, la tendance utilitaire n'exclut nullement les sentiments élevés et ce qu'on qualifie communément d'idéalisme. L'idéal lui-même est très utile. La

(1) *Op. cit.* pp. 425, 432, 436.

(2) V. *supra*, § § 4, 5, 6. — *Adde*, Marcel Porte, *La Jurisprudence et l'Équité*, Grenoble 1899, p. 14.

liberté, par exemple, qu'est-ce d'autre que la possibilité absolue — l'absence d'empêchement — de développer sa vie ? L'idéal de liberté comporte essentiellement une fin utilitaire et tel est le cas avec tous les idéals qui veulent rester en dehors du domaine de la chimère. Nous avons vu de même que la charité n'aurait pas sa raison d'être si elle n'était pas utile à l'humanité. Hume et Hobbes par exemple, partis du principe de l'égoïsme, concluent que la dernière base de la morale doit être cherchée dans le sentiment de bienveillance et dans la sympathie.

On voit donc une fois de plus que les théories, très différentes par leurs fondements, aboutissent aux mêmes préceptes pratiques.

Il serait vraiment regrettable et immoral de priver l'humanité de l'égoïsme, de cet admirable levier de toutes nos actions. Comme dit excellemment Hume, l'art de la politique consiste à utiliser et à exploiter tous les mobiles d'action dans l'intérêt général, et non point à les détruire. Parce qu'en fait l'égoïsme exclusif n'existe pas objectivement ; l'homme même agissant égoïstement contribue nécessairement au bien de l'humanité. Un homme poussé dans son activité par l'égoïsme absolu est pareil au cheval de course qui se croit être l'unique bénéficiaire de sa vitesse (1).

(1) Cf. Bæts, *op. cit.* p. 58. — Bunge, *op. cit.* pp. 77, 168. — Ihering, *op. cit.* p. 96. — Charmont, *op. cit.* pp. 111, 117. — Geny, *Science et Technique*, II, p. 19, 20. — Thaller, *L'Œuvre juridique de Raymond Saleilles*, 1914, *Avant-propos*, pp. 21, 22. — Tanon, *op. cit.* pp. 79, 81, 161.

Cependant la question à laquelle l'école utilitaire ne nous donne pas de réponse est celle de savoir en quoi consiste l'utilité d'une certaine fin intermédiaire, quelle est la fin qui doit être recherchée et préférée à une autre. En d'autres termes, l'utilitarisme peut expliquer notre conduite, mais il est impuissant à nous proposer une règle d'action déterminée.

Nous avons vu que l'utile n'est pas un bien en soi, qu'il est une relation de conformité, l'adaptation d'une chose à sa fin. Certes, on nous affirme que cette fin dernière est l'accroissement de la vie dans l'humanité en nombre et en qualité — mais comment saurons-nous dans un cas déterminé que nous marchons vers cette fin ? On nous dit, d'une part que la civilisation consiste dans le plus grand développement des besoins, d'autre part, on nous affirme par des arguments également convaincants que la perfection est dans la plus grande indépendance du milieu ambiant, dans l'absence des besoins, dans la liberté. Du reste, je pense, disait le plus sage des hommes, que n'avoir besoin de rien est une prérogative qui n'appartient qu'aux Dieux.

Quel parti prendre ? L'Ecole ne nous donne aucune réponse. L'Utilitarisme nous fournit de la sorte la forme vide de notre conduite, mais non son contenu. Il nous enseigne ce qui est évident, mais non ce qui nous intéresse avant tout et que nous ignorons (1).

Ce défaut de la doctrine se trouve porté à son point

(1) Cf. *supra*, § 6. — Adde, Peudant, *op. cit.* pp. 168, 172. — Courcelle-Seneuil, *op. cit.* p. 199.

culminant dans la méthode pragmatiste, qui se refuse avec raison à être considérée comme un système. Suivant les pragmatistes, on ne peut juger une action que d'après ses effets réellement produits. On juge une action « dans son aboutissement et non dans sa filiation... une idée vaut ce que valent les résultats auxquels elle aboutit... Une idée vraie, c'est simplement une idée bienfaisante qui nous permet de nous mouvoir commodément dans la vie... » (1). Ainsi pour William James, protagoniste de la méthode « le juste consiste simplement dans ce qui est avantageux pour notre conduite » (2).

Cette dernière forme de l'utilitarisme reconnaît donc ouvertement son impuissance à régler nos actions, elle se contente de nous les *expliquer à posteriori*. C'est une excellente méthode, mais une mauvaise institutrice.

(1) Josserand L. *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, 1928, p. 35.

(2) Cité par Josserand, *op. cit.* p. 36.

CHAPITRE II

ECOLE SOLIDARISTE

§ XXIII. — LA THÈSE DE L'ÉCOLE SOLIDARISTE

Une direction séduisante à notre conduite semblait être fournie par l'idée de solidarité. On a cru que ce phénomène naturel déterminerait nos droits et nos devoirs d'une manière satisfaisante à la fois la science et le sentiment moral. Telle était la pensée dominante qui inspira l'ouvrage de M. Léon Bourgeois, ouvrage qui est devenu en quelque sorte la grande charte de l'Ecole (1).

D'après M. Bourgeois « il y a entre chacun des individus et tous les autres un lien nécessaire de *solidarité* ; c'est l'étude exacte des causes, des conditions et des limites de cette solidarité, qui seule pourra donner la mesure des droits et des devoirs de chacun envers tous et de tous envers chacun et qui assurera les conclusions scientifiques et morales du problème social » (2). L'homme est un débiteur envers la société et c'est là la base de ses charges ; l'obéissance au devoir social est la reconnais-

(1) Léon Bourgeois, *Solidarité*, 3^e éd. 1903.

(2) *Op. cit.* p. 15 ; *ad.* pp. 16, 70, 72.

sance d'une dette, parce que *l'homme naît débiteur de l'association humaine* (1). Il en tire tous les profits et il est nécessaire par conséquent qu'il y contribue de sa part dans la mesure correspondante. « Cet échange de services est la matière du *quasi-contrat d'association* qui lie tous les hommes, et c'est l'équitable évaluation des services échangés, c'est-à-dire l'équitable évaluation des profits et des charges, de l'actif et du passif social qui est l'objet légitime de la loi sociale » (2).

L'idée de la solidarité et la notion de la dette sociale devront donc être les principes sur lesquels reposent toute action morale et toute règle juridique. En réalité, le fait de la solidarité est d'une évidence extrême : la biologie nous en est la meilleure preuve et quant à l'humanité, l'idée est vieille comme le monde (3). L'antiquité même, qui en général n'était pas très disposée à accueillir les tendances cosmopolites, nous a laissé les plus beaux exemples du sentiment solidariste (4).

(1) Bourgeois, *op. cit.* pp. 101, 102, 116 ; *adde* pp. 128, 130.

(2) *Ibid.* pp. 138, 139 ; *adde.* pp. 148, 153, 154. — Sur le mouvement solidariste. — Cf. Bouglé G., *Le solidarisme*, 1907, et en particulier les pp. 2, 8, 11, 21, 29, 90, 100.

(3) Cf. Bouglé, *op. cit.* pp. 9, 11. — Charmont, *op. cit.* p. 141.

(4) Il est vrai pourtant que c'est presque exclusivement aux stoïciens que nous devons les plus célèbres formules sur le solidarisme. Ainsi Sénèque : « *Itaque homines quidem pereunt ; ipsa autem humanitas, ad quam homo effingitur, permanet...* » (Ep. 65, 8). « *...membra sumus corporis magni. Natura nos cognatos edidit, quum er iisdem et in eadem gigneret. Haec nobis amorem indidit mutuum, et sociabiles fecit ; illa æquum justumque composuit... iste versus et in pectore et in ore sit*

« *Homo sum, humani nihil a me alienum puto* ».

Il existe même une sorte de solidarité entre les vivants et les morts : par la mort de nos proches nous mourons aussi partiellement, ce sont des parties de nous qui s'en vont avec eux : nos sentiments, nos souvenirs, nos habitudes. Ce qui compose l'humanité est dû bien plus aux morts qu'aux vivants (1). L'individu ne peut rester indifférent devant le drame social, il y est non pas seulement spectateur, mais aussi acteur (2).

Il est impossible en effet d'imaginer un acte quelconque de l'individu, même une abstention, qui n'aurait pas une répercussion sur la société. Par conséquent il est juste que la société règle les actions individuelles d'après leur conformité à l'intérêt général.

En ce qui concerne les législations, le principe solidariste a toujours joué un rôle de premier ordre et sa prépondérance semble s'accroître parallèlement à la marche de la civilisation. La solidarité entre deux hommes civilisés est bien plus grande que celle qui existe entre deux sauvages. Les individus sont de plus en plus intimement

Habeamus ! In commune nati sumus. Societas nostra lapidum fornicationi simillima est ; quæ casura, nisi invicem, obstarent, hoc ipso sustinetur » (Ep. 95, 52-54).

De même Horace, *Ep. ad. Pisones*, 102. : « *Ut ridentibus arident, ille flentibus adflent humani vultus...* »

Un peu plus tard St Paul dira : « *Gaudere cum gaudientibus, flere cum flentibus* ». — *I. Ep. ad. Rom.* 12, 15.

(1) « Car avec les vivants les morts font alliance par un legs immémorial ».

Sully-Prudhomme, *La Justice*.

(2) Bourgeois, *op. cit.* pp. 30, 49.

liés l'un à l'autre et à la société en même temps. L'interdépendance sociale est à l'heure actuelle plus grande que jamais. Grâce à la division du travail poussée toujours plus loin, l'individu isolé passe dans le domaine des hypothèses.

L'un des exemples des plus significatifs en cette matière est en France la grande loi de 1898 qui institua le risque professionnel. La conséquence capitale du principe nouveau, inauguré par cette loi, est la réparation collective d'un dommage individuel, la répercussion des conséquences fâcheuses d'un rapport de droit sur tous ceux qui en tirent ordinairement les bienfaits. Par conséquent, c'est une loi éminemment solidariste.

Tel est également le cas des lois sur l'assistance publique qui établissent pour la société l'obligation de secourir les infirmes. Le droit maritime a même connu le devoir d'entre-aide pour les navires en détresse. En présence de tous ces faits, il est impossible de dénier au solidarisme sa part et son importance dans la vie sociale (1).

§ XXIV. — LA CRITIQUE DE L'ÉCOLE SOLIDARISTE

Personne ne songe en effet à nier le fait de la solidarité sociale, ni à contester sa signification morale et le rôle

(1) Cf Capitant H. *Les transformations du droit civil français depuis cinquante ans* (dans le *Livre du Cinquantenaire de la Société de Législation Comparée*), Paris 1922, t. I, pp. 61, 62. — Cuche P., *La législation du travail et les transformations du droit* (dans la *Cité moderne et les transformations du droit*, 1925), p. 172. — Marcel Oudinot, *Responsabilité* (dans la *Vie Juridique du Français*) p. 62.

qui lui appartient dans la vie des hommes. La faiblesse de la thèse se trouve ailleurs : elle est dans le fait que l'Ecole prétendait avoir trouvé dans le solidarisme une direction complète à notre conduite et un instrument qui devait régler le conflit de tous les intérêts. En d'autres termes, la faiblesse de la doctrine est dans l'insuffisance du principe lui-même et ensuite dans les difficultés de son application.

C'est surtout le passage suivant de M. L. Bourgeois qui mérite d'être critiqué : « La théorie de la solidarité naturelle de tous les êtres, née des découvertes de la biologie générale, nous a montré les lois scientifiques du développement des sociétés » (1).

Or, la solidarité naturelle est une lame à double tranchant et il serait fâcheux de l'appliquer dans nos lois telle que la nature nous l'offre et que la science la constate. On a remarqué, dit M. Bouglé (2), que de la solidarité souffle le froid comme le chaud et le mal comme le bien : la solidarité se manifeste par des maladies de même que par la santé. « La solidarité est ce que valent les êtres solidaires. S'ils s'aiment préalablement entre eux, elle sera solidarité d'amour. S'ils se détestent, elle sera solidarité de haine... Les vagues de l'océan sont aussi bien solidaires dans le choc de la tempête que dans la paix des jours sereins » (3).

(1) Bourgeois, *op. cit.* p. 66.

(2) Bouglé, *op. cit.* p. 4.

(3) A. Fouillée, *La Morale socialiste* (dans la *Revue des Deux Mondes*, 15 juillet 1901), p. 393.

Donc, le fait de la solidarité, de même que tous les autres faits naturels, n'a aucune signification morale. Nous avons vu en effet que la nature telle que la science peut la connaître est un phénomène amoral. Et par conséquent, s'il est juste de dire que la solidarité naturelle nous a montré les lois scientifiques du développement des sociétés, nous n'en pouvons tirer aucun profit pour nos actions futures. Lorsque les pères ont mangé des raisins verts et que les dents des enfants ont été agacées (1), lorsque les innocents expient les crimes de leurs ancêtres (2), notre sentiment moral se révolte de voir érigés de tels principes en règle de conduite.

Ainsi les solidaristes eux-mêmes, M. Bourgeois en particulier (3), ont été obligés de reconnaître la nécessité d'un critérium moral pour discriminer la mauvaise solidarité de la bonne. Et ils croient l'avoir trouvé dans le sentiment de la justice. Mais alors que reste-t-il de la doctrine ? Au lieu de nous fournir une base solide, rationnelle, elle fait une profession de foi, en se liant à un sentiment qu'elle n'analyse pas.

A l'heure actuelle, le courant suivant est à remarquer dans le mouvement solidariste : la solidarité subjective et consciente tend à remplacer de plus en plus la solidarité objective, inconsciente et fatale. Cependant il est exact de dire alors avec M. Bouglé qu'il y a presque autant de solidarisme que de solidaristes. Nous avons espéré

(1) Jérémie, 31, 29.

(2) « *Delicta majorum immeritus lues...* » Horace, III carm 6, 1.

(3) Bourgeois, *Essai d'une philosophie de la solidarité*, 1902, p. 27.

obtenir un principe objectif et indiscutable qui créerait les forces morales nouvelles, et voilà que cette doctrine se laisse guider par des opinions subjectives en ne faisant qu'utiliser les forces morales déjà existantes (1).

L'autre objection que mérite l'école solidariste est d'ordre pratique. Supposons même trouvée la base de la « bonne solidarité ». Quel est alors le taux d'après lequel on va régler la dette sociale ? Comment déterminer ce que nous devons à ceux qui nous entourent et ce qui est dû à nous-mêmes, sans entraver l'action personnelle ? Quelle est cette équitable évaluation des profits et des charges ? — Les difficultés sont nombreuses et la part de l'arbitraire restera, semble-t-il, toujours très considérable.

Toutes choses bien considérées, on est obligé de constater l'impuissance du solidarisme à nous fournir un principe de législation précis, tout en reconnaissant cependant qu'il est un facteur de premier ordre dans la formation de notre sentiment juridique et moral.

(1) Cf. Bouglé, *op. cit.* pp. 1, 2, 5. — Charmont, *op. cit.* pp. 141, 148, 150. — Dejarnac, *op. cit.* p. 33. — Le Fur, *La théorie du droit naturel*, p. 81.

CHAPITRE III

LES ECOLES JURIDIQUES CONTEMPORAINES

A l'heure actuelle deux tendances dominent les sciences juridiques. C'est d'une part l'école sociologique et inductive, ou plus spécialement le positivisme juridique, et c'est d'autre part l'école intuitive ou idéaliste.

Au fond, ces deux tendances ne sont que la répercussion sur le terrain du droit de l'éternelle question de l'origine des notions. Dès son apparition, la pensée humaine a revêtu deux formes bien caractéristiques, conséquences de la dualité de nos entendements : l'observation et la spéculation. Théoriquement ces deux formes s'excluent mutuellement. Ainsi d'après l'école sensualiste ou matérialiste, l'homme vient au monde comme une table rase sur laquelle les objets de la nature gravent leurs impressions avec le temps. Il n'y a pas de notions innées disent ses partisans : rien n'existe dans l'entendement qui, primitivement, n'ait été dans les sens. Les idéalistes affirment au contraire que l'homme en naissant apporte avec lui des notions cachées et innées, que les objets extérieurs ne font qu'évoquer : connaître, c'est se ressouvenir, ensei-

gnait Socrate. L'intelligence est préformée avant que l'expérience individuelle ne commence (1).

Dans le domaine du droit, la doctrine philosophique de la préformation intellectuelle a trouvé ses défenseurs parmi les partisans de l'idéalisme juridique, qui, tout en reconnaissant l'importance des faits, admettent que le problème du droit ne peut être résolu que grâce au concours des sentiments innés, tels que sont la conscience, la croyance, la tendance vers l'absolu. Le réalisme philosophique est représenté d'autre part par l'école positiviste qui prétend exclure de l'ordre juridique toutes les considérations métaphysiques, en se basant de préférence sur les faits observables (2).

Pourtant, il serait erroné de croire que ces deux écoles divergent entre elles d'une manière absolue. Elles se rencontrent au contraire sur bien des points et, d'autre part, dans le sein d'une même école les différences sont très souvent profondes et nombreuses. Ainsi entre le positivisme de Duguit et l'idéalisme de M. Geny, dans leurs applications pratiques, il y a, croyons-nous, moins de différences qu'entre le positivisme de Duguit et celui de Carré de

(1) Cf. Bunge, *op. cit.* pp. 63, 64, 79. — Courcelle-Seneuil, *op. cit.* pp. 374, 376, 392. — Lafargue, *op. cit.* pp. 60, 61, 75, 89.

(2) Dans un sens plus précis, le positivisme juridique représente encore la tendance qui confond le droit avec la volonté de l'Etat. Pour ces auteurs, parmi lesquels figurent au premier rang MM. Kelsen, Carré de Malberg et Jèze, il n'y a de droit que là où il y a contrainte : le droit est la règle sanctionnée par l'Etat. Suivant ces auteurs, c'est donc la forme qui fait une règle juridique, d'où le qualificatif « formalistes » qu'on leur décerne. — V. *supra* § 18.

Malberg, qui prétendent être tous deux de bons positivistes.

Cela suffit pour nous montrer qu'il serait vain de prétendre classer d'une manière rigoureuse tous les auteurs dans une école déterminée, ou de vouloir préciser le domaine exclusif appartenant à l'une d'elle. La seule chose qui s'offre à nous comme possible est de dégager les grandes lignes et les tendances générales de deux courants contemporains (1).

§ XXV. — ÉCOLE IDÉALISTE

L'idéalisme juridique a trouvé incontestablement de nos jours son expression la plus complète dans l'œuvre de M. Geny. Nous croyons possible, sans trahir la pensée de l'éminent auteur, de résumer son système de la façon suivante :

L'examen des conditions sociologiques est impuissant à nous suggérer les préceptes de conduite et à donner une base scientifique au droit positif. Il existe, et il doit exister au-dessus des institutions sociales un élan vers l'idéal, vers un principe extérieur au monde des phénomènes et dominant toutes nos actions. Cet idéal nous est révélé au moyen de l'intuition et de la croyance et il est inscrit dans notre conscience et dans notre nature morale.

Il existe donc des principes absolus et métaphysiques

(1) Cf. Cuche P. *En lisant les juristes philosophes*, 1919, *passim*. — Geny, *Idéalisme ou positivisme juridique* (dans la *Themis Polska*, série III, vol. 1) *passim*. — Le Fur, *Cours de doctorat*, 1929-1930.

qui sont à la base de l'élaboration du droit, qui sont supérieurs à la volonté humaine et qui sont inscrits dans la conscience des hommes. Pour M. Geny c'est la philosophie traditionnelle qui exprime le mieux ces principes dans la croyance à l'existence de Dieu et à l'immortalité de l'âme avec toutes les conséquences qui en découlent. Comme on s'en aperçoit aisément, c'est une philosophie des notions innées et de la préformation intellectuelle par excellence (1).

M. Charmont trouve de même « qu'il est vain de pré-

(1) Geny, *Les procédés d'élaboration du droit civil*, p. 185 :

« Rechercher les bases scientifiques du droit positif, c'est, à mon sens, employer toutes nos puissances, intellectuelles et morales, à ausculter le mystère du monde, pour y découvrir les règles impérieuses qui doivent être assignées à notre conduite extérieure..., l'examen le plus minutieux des conditions sociologiques, qui enveloppent la vie de l'humanité, ne nous offre qu'un enchaînement de faits absolument impuissant à diriger la volonté ; et, pour en déduire des préceptes de conduite, il faut appuyer ces constatations à un élan vers l'idéal, qui justifie la force contraignante des directions qu'elles sollicitent ». —

Geny, *Science et Technique*, II, p. 420.

« ...il existe à la base des institutions sociales un fond de vérité, étranger et supérieur aux volontés et aux caprices des hommes, qui est bien la matière de science ou de croyance, mais qui domine et limite toute action, dans la sphère du droit ». — *Adde*, pp. 354, 356.

Geny, *Méthode d'interprétation*, p. 479 :

« ...tout interprète du droit positif, doit compter avec les inspirations de la raison et de la conscience, pour scruter le mystère du juste ». — *Ibid*, p. 484 : « ...il existe des principes de la justice, révélés par la raison ou par la conscience morale, auxquels les éléments variés et mouvants de la vie sociale donneront seuls leur empreinte décisive, mais dont le siège est en dehors du monde des phénomènes ou des contingences. » — *Adde*, pp. 93, 99, 105 du tome II.

tendre fonder la morale sur la science et que la morale est une croyance » (1). Pour l'homme c'est un besoin de croire à quelque chose qui le dépasse et l'idéalisme juridique est, suivant M. Charmont, la seule solution de la crise de la philosophie du droit. L'idée du droit doit être acceptée comme une croyance, comme une donnée du sentiment (2).

Telles est également l'opinion de M. Bonnecase pour lequel la notion du droit est la « représentation d'une essence éternelle, immuable et universelle ». Le droit tire son origine d'un postulat moral *à priori*, l'homme porte le principe du droit en lui-même. Seule une conception métaphysique du droit participant de la notion de l'absolu est capable de remplir sa substance propre et de répondre aux plus profondes aspirations de la nature humaine. Le droit est une notion première, une manifestation de l'absolu (3).

Le besoin d'un idéal, existant en dehors des faits sociaux, est reconnu d'ailleurs par les auteurs les plus impartiaux et les plus modérés. C'est surtout l'attitude prise en la matière par M. Demogue qui nous semble être la plus justifiée. M. Demogue s'exprime dans les termes suivants : « Nous croyons... à la nécessité de mettre un idéal au-dessus des faits... car il y a dans l'activité humaine quelque chose de conscient, de voulu, qu'il faut diriger » — et un peu plus loin : « Il nous semble d'abord

(1) Charmont, *La renaissance du droit naturel*, p. 150.

(2) *Op. cit.* p. 135. Conclusion.

(3) Bonnecase, *La notion de droit en France au XIX^e siècle*, pp. 113, 128, 131, 144, 218.

que, pour fixer un idéal social, il faudra tenir compte des situations de fait » (1).

M. Cuhe affirme aussi que « toute conception du droit, même la plus nettement positiviste, implique une profession de foi religieuse ou tout au moins une série de postulats métaphysiques » (2).

Telle est donc la thèse fondamentale de l'idéalisme juridique contemporain.

§ XXVI. — ÉCOLE POSITIVISTE

Du point de vue purement doctrinal, la thèse de l'école sociologique ou positiviste — on la qualifie encore de matérialiste, réaliste et naturaliste — est diamétralement opposée à l'idéalisme juridique. D'après les positivistes, notre relativité exclut pour nous la compréhension de l'absolu. La seule chose absolue que nous sachions est, selon Comte, que tout est relatif pour nous. Il faut séparer le domaine du connaissable de ce qui est inconnaissable et la science n'a pour but que d'étudier les réalités. Il est évident, certes, qu'une théorie positive ne doit pas viser à devenir une théorie définitive, La vérité scientifique n'est

(1) Demogue, *op. cit.* pp. 22, 24. — Adde, *ibid.* p. 36 : « Pour nous résumer, nous arrivons à cette constatation, qu'il y a au-dessus des faits mouvants, un certain idéal pour le droit..., et..., nous ne sommes jamais sûrs de l'avoir découvert ».

(2) Cuhe, *Conférence de philosophie du Droit*, pp. 8, 9. — Adde, dans le même sens : Beudant, *op. cit.* p. 29. — Lévy-Ullmann, *Programme d'un Cours d'Introduction au Droit civil*, pp. 838, 852. — Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, p. 411.

vraie que relativement, c'est-à-dire par rapport à un état déterminé de nos connaissances (1).

La philosophie positiviste, transportée sur le terrain proprement juridique, a eu une double conséquence : d'une part, de chasser de la science du droit toutes les considérations et les postulats métaphysiques, d'autre part de se baser exclusivement sur les faits sociaux observables. La métaphysique, d'après les positivistes, est non seulement inutile au droit, mais elle lui est nuisible. Les postulats métaphysiques sont arbitraires et il est impossible de les contrôler. Ce sont les rêveries d'un idéalisme sans freins et les fantaisies de l'esprit qui nous empêchent de voir les réalités telles qu'elles sont. Or, la science doit avoir pour objet principal de constater les phénomènes et de les expliquer.

Personne n'a donné plus de force à cette thèse que Duguit dans son œuvre immense : « je fais de la science et exclusivement de la science, fondée sur l'observation impartiale des faits » — déclare-t-il (2) ; « ... le réalisme n'est ni une école ni une doctrine ; il est une méthode, la seule méthode féconde, la seule méthode scientifique dans quelque ordre de connaissances que ce soit. Il faut observer les faits, les analyser et en faire la synthèse...

(1) Cf. Bunge, *op. cit.* p. 9 et suiv. — Durkheim, *La Sociologie, passim*.

Goethe disait déjà en bon positiviste :

« Grau, teurer Freund, ist alle Theorie,

Und grün des Lebens goldner Baum. » — *Faust*, I, Teil.

(2) Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, 2^e éd. 1920, p. 2.

Pour étudier le droit, il faut faire avant tout des observations sociales et abandonner toutes les vieilles conceptions métaphysiques, sans valeur comme sans réalité » (1). Il est bien entendu que les phénomènes d'ordre intellectuel et moral sont aussi de la catégorie des faits et par conséquent font partie de la science (2).

Dans la doctrine de Duguit, le fait premier qui préside à la formation du droit est la solidarité, ou mieux, l'interdépendance sociale. « La solidarité par division de travail, voilà l'élément fondamental de la cohésion sociale dans nos sociétés modernes très civilisées » (3). La conséquence capitale de cet état de choses est que le droit subjectif n'existe pas. « L'homme n'a pas de droit ; la collectivité n'en a pas davantage. Mais tout individu a dans la société une certaine fonction à remplir, une certaine besogne à exécuter » (4). Un droit est une abstraction sans réalité : « aujourd'hui nous avons la conscience très nette que l'individu n'est pas une fin, mais un moyen, que l'individu n'est qu'un rouage de la vaste machine qu'est le corps social, que chacun de nous n'a de raison d'être dans le monde que par la besogne qu'il accomplit dans

(1) *Ibid*, p. 176, ad, pp. 189, 191.

(2) Duguit, *Les transformations du droit public*, p. 44.

(3) Duguit, *Les transformations générales du droit privé*, p. 44.

(4) Duguit, *op. cit.* pp. 19, 20. — Auguste Comte avait déjà proclamé que la notion du droit doit disparaître du langage philosophique pour faire place aux devoirs d'après les fonctions. — Cf. Beudant, *op. cit.* p. 230. — Bonnecase, *La notion du droit en France*, pp. 187, 189. — Charmont, *op. cit.* pp. 119, 120.

l'œuvre sociale » (1). Ainsi la notion de droit a fait place à la notion de la fonction sociale, ou si l'on préfère, le mythe de la liberté individuelle a été remplacé par le mythe de l'organisme collectif.

Mais comment déterminer les devoirs d'un individu envers la collectivité — puisqu'on ne veut pas parler de ses droits ? Dans le système de Duguit c'est l'Etat qui le fera ; sa volonté cependant n'est pas toute-puissante dans la création des devoirs. L'Etat lui-même n'est qu'une conséquence du *service public* et c'est seulement en vertu de cette fonction qu'il prescrit et qu'il édicte les règles. Il doit donc exister un Droit Objectif, supérieur à l'Etat et manifesté dans la masse des consciences individuelles. Le droit objectif est une norme sociale qui se dégage directement de l'expérience et qui est en dernière ligne un produit du sentiment de la justice.

Cette « tare romantique » fut suffisante pour proclamer que Duguit était un idéaliste inconscient, un partisan du droit naturel qui s'ignore. Notre auteur rejette cependant l'idée d'une justice métaphysique, attribut de la notion de l'absolu, produit d'un acte de foi : la justice pour lui est une conception contingente qui s'impose à la masse des esprits d'un moment au nom de la solidarité.

Mais, par ce tour d'esprit qui se base sur l'opinion de la masse, nous sommes fatalement amenés à voir le fondement du droit dans la volonté de la majorité — solution contre laquelle personne ne lutta avec plus de vigueur que Duguit. Sa doctrine est restée ainsi en l'air en quelque

(1) Duguit, *op. cit.*, p. 157 ; *ad.* pp. 28, 95.

sorte parce qu'on ignore toujours quel est le principe dernier formant le sentiment de la justice objective et qui est par conséquent la base du droit (1).

La thèse positiviste a été exposée encore, peut-être pas avec la même ampleur, mais d'une façon sans doute plus poussée, par M. Jèze. La règle juridique est pour M. Jèze toute règle de conduite sociale qui est effectivement appliquée par les tribunaux. « La justice est ce que les hommes d'une époque donnée, dans un pays donné, croient juste... Le droit est l'ensemble des règles de conduite sociale que la majorité des hommes de ce pays et de cette époque estiment justes et socialement utiles » (2). Tout le reste est du domaine de la chimère.

Cette thèse, en tant que définition du droit positif, n'a rien que d'admissible. En effet, si l'on veut conserver la notion du droit positif, on est obligé de lui donner des limites bien arrêtées et la formule de M. Jèze semble être très satisfaisante à ce point de vue. En ce qui concerne sa conception de la justice, elle est absolument conforme à

(1) Cf. Duguît, *Droit constitutionnel*, 2^e éd. I, pp. 12-63 ; III, p. 660. Duguît, *Les doctrines juridiques objectives*, p. 41. — Bonnecase, *Introduction à l'étude du droit*, p. 152. — Charmont, *op. cit.* p. 202. — Cuhe, *Conférences de la philosophie du droit*, pp. 14, 85. — Cuhe, *A la recherche du fondement du droit*, pp. 61, 71. — Geny, *Méthode d'interprétation*, II, p. 91. — Le Fur, *La théorie du droit naturel*, pp. 81, 82. — Le Fur, *Cours libre 1929-1930*.

(2) Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, 1914, pp. III, IV. — Cf. Bonnecase, *La notion de droit en France*, pp. 200, 203. — Geny, *Méthode d'interprétation*, II, p. 91. — Geny, *Idéalisme ou positivisme juridique*.

nos conclusions précédentes (1). Mais la doctrine de M. Jèze mérite par ailleurs une objection capitale :

Suivant elle, il n'y a pas de droit à côté du droit positif ou contre lui. Le droit positif devrait se suffire par conséquent à lui-même en tant que règle de conduite. La thèse de M. Jèze suppose donc nécessairement la plénitude logique de l'ordre juridique positif.

Or, en fait, cette doctrine est purement formaliste. Ces « règles effectivement appliquées » qui égalent le droit positif, sont en réalité une porte largement ouverte à toutes les considérations de la morale, de la justice, de la conscience. Par le moyen, et, ajoutons-le, par la nécessité de l'interprétation, la règle juridique acquiert une élasticité quasi-illimitée, toutes les considérations sociales y peuvent trouver et y trouvent place. Voilà donc notre règle effectivement appliquée envahie et remplie par la morale ! Nous sommes obligés de nous demander alors, où est cette frontière du droit positif et ce qu'elle est devenue ? Elle n'existe pas en effet et il est vain de prétendre donner au droit positif un contenu définitif et limité, de même qu'il serait vain de le prétendre pour la justice ou pour la morale. Il n'y a qu'une seule règle de conduite et elle ne se prête pas à une division définitive. Par la formule de M. Jèze nous n'avons rien gagné en précision.

A ce point de vue, l'attitude prise par M. Ripert dans la matière nous semble être plus séduisante. Selon M. Ripert : « Il y a en réalité deux domaines différents. Dans le do-

(1) V. *supra* § 10.

maine juridique, le positivisme doit régner... Mais ce qui est très vrai, c'est que cette science juridique ne suffit pas à diriger la conduite des hommes... Il faut donc, si l'on veut connaître toutes les normes de la conduite et toutes les raisons qui les dictent, quitter le terrain assuré de la science juridique et croire de toute son âme à l'existence d'une règle morale » (1).

Outre la critique de cette prétendue dualité des domaines, nous croyons devoir remarquer que M. Ripert n'insiste pas ici suffisamment sur l'impossibilité de déterminer d'une manière précise le contenu du droit positif. Le « terrain assuré de la science juridique » ne nous semble pas être très sûr et ainsi l'objection faite à la doctrine de M. Jèze s'applique partiellement à celle de M. Ripert (2).

§ XXVII. — LA MÉTHODE D'OBSERVATION

*Id divinum est non solum quod a Deo oritur
sed quod ad Deum procedit.*

ARISTOTE.

On ne saurait jamais être assez reconnaissant au mouvement positiviste de l'immense mérite qu'il eut pour la recherche de la vérité, en conférant une telle importance aux faits. La philosophie positiviste, en se résignant à reconnaître l'impossibilité d'atteindre la vérité absolue, s'est proposé comme but de travailler à la conquête de la

(1) Ripert, *Le droit naturel et positivisme juridique*, p. 40.

(2) Rapp. Geny, *Méthode d'interprétation*, II, pp. 74, 75.

vérité relative? Ce travail ne peut s'effectuer qu'à travers ce qui nous est donné de connaître, donc, à travers les faits. C'est ainsi par l'observation de plus en plus exacte et minutieuse des faits que nous marchons vers la conquête de la vérité.

Dans le domaine juridique plus particulièrement, la méthode d'observation ne compte plus guère d'adversaires. Ainsi par exemple M. Geny, le plus éminent représentant de l'idéalisme juridique contemporain dit : « ...une première et profonde élaboration du droit positif doit tendre à scruter le *donné* de la vie juridique, c'est-à-dire à interroger les réalités » (1) ; et à un autre endroit : « ...je considère comme *a priori* incontestable, que les plus fermes et les plus sûrs préceptes du droit sont ceux qui se dégagent directement de la nature des choses, sans l'intermédiaire d'aucune conception idéale, déformant toujours par quelques points les réalités » (2). La haute autorité de l'auteur en général et son tour d'esprit dans la matière en particulier, nous autorisent à conclure que le rôle appartenant à l'observation dans le droit est en dehors de toute discussion. Et telle est en effet l'unique solution qui peut être admise.

Certes, l'observation ne doit pas se borner exclusivement à l'examen des faits extérieurs. L'objet du droit, l'homme est un être double ; à côté des lois physiques les lois morales s'imposent à lui. Ainsi, pour la science du

(1) Geny, *Science et Technique*, II, p. 1.

(2) Geny, *Méthode d'interprétation*, II, p. 86 ; *ad*, pp. 82, 87. — Dans le même sens Le Fur, *Théorie du droit naturel*, pp. 90, 118.

droit, les faits ne sont pas seulement les faits visibles et extérieurs, mais aussi les croyances et les sentiments. La réalité ne se compose pas exclusivement des choses tangibles ; il y a quelque chose de réel au-dessus du matériel. Une bonne méthode d'observation doit faire, de la sorte, une place à l'introspection, mais, ajoutons-le, à titre complémentaire.

Le droit romain nous fournit encore ici un exemple très instructif. La grande *Æquitas*, n'est pas conçue comme une vérité innée, connue à *priori*. Elle est le résultat de l'observation constante de la nature et de l'homme, et elle se modifie parallèlement à eux. *Æquitas — naturalis justitia* — n'avait pas pour base une notion métaphysique (1).

Cette vérité a été démontrée d'une manière éclatante par Ihering dans son *Esprit du Droit Romain*. « Tangibles extérieures, sensibles, visibles — telles sont les notions du droit ancien. Partout la forme extérieure prédomine sur l'idée : les résultats extérieurs, les objets visibles du droit sont seuls pris en considération ». — Telle est la thèse de la *matérialité* du droit, de la prédominance des faits d'ordre extérieur sur les croyances.

Et en effet, ce n'est que par les faits extérieurs que nous concevons les choses. Nous pouvons dire avec les scolastiques : *nihil est in intellectu, quin prius fuerit in sensu*, ou d'après une formule semblable : *omnis cognitio oritur a sensu*. En d'autres termes, nos idées mêmes se forment d'après ce qu'il nous est donné de percevoir par les sens.

(1) Cf. Chauffour, *op. cit.* pp. 97, 98,

Qu'importe que nous possédions en nous des notions innées, si nous n'en pouvons pas prendre connaissance sans le recours d'objets extérieurs ? Platon, le plus grand des idéalistes, reconnaît dans le *Timée* : « L'observation du jour et de la nuit, les révolutions des mois et des années, nous ont fourni le nombre, révélé le temps, inspiré le désir de connaître la nature et le monde ».

C'est donc grâce à l'observation de plus en plus approfondie des phénomènes que nous enrichissons notre patrimoine intellectuel ; c'est la pratique qui fait évoluer la théorie — le processus opposé ne serait possible qu'à Dieu. Nous devons par conséquent nous efforcer avant tout d'examiner les réalités et de les pénétrer dans la mesure où il nous est donné de le faire. Il sera toujours assez tôt et possible de construire des systèmes et de pratiquer des déductions (1).

Dans les sciences sociales en particulier, les hypothèses les plus brillantes n'égaleront jamais un fait en valeur. Plus l'idée se détache de la réalité, plus elle acquiert une existence propre et indépendante, plus elle est susceptible de succomber aux inclinaisons psychologiques, de se transformer en une rêverie, de devenir un *Schwaermerei*. La société repose sur les faits et sur les rapports réels et non pas sur les idées abstraites, plus ou moins séduisantes. De même que pour jouir de la musique il ne suffit pas de lire les partitions, ainsi pour connaître la réalité sociale, il ne suffit pas d'opérer sur les idées pures.

(1) Cf. Geny, *Science et Technique*, I, pp. 92, 93. — Kœnig X, *op. cit.*, p. 2. — Le Fur *op. cit.* p. 118. — Lévy-Bruhl, *op. cit.* pp. 24, 29, 30, 42. — Schopenhauer, *op. cit.* pp. 130, 131.

M. Hauriou a exposé ce principe avec une très grande clarté : « La méthode scientifique d'évidence exige, dit-il, chez le savant, la vertu de sincérité et d'humilité : sincérité dans l'observation, humilité devant les démentis que les faits infligent aux hypothèses préconçues... Il a fallu épuiser le cycle des imaginations avant d'aborder celui de l'observation ; la chimie a commencé par l'alchimie, l'archéologie par la fantaisie et les sciences sociales par les partis pris philosophiques » (1).

Observer ! Oui, mais il s'agit de bien observer. Or, les faits, pas plus que les livres, ne parlent pas à tous le même langage. Héraclite qualifiait les yeux et les oreilles de mauvais témoins. « Tu as mis ta confiance dans ta propre conduite » — reprochait Osée à Israël. Où trouverons-nous alors le critérium ? La seule solution possible est celle proposée par Aristote : une chose est telle qu'elle est conçue par la majorité des hommes — *id est naturale quod plerumque fit* (2).

Sur le terrain de la méthode, les idéalistes reprochent aux positivistes d'avoir négligé les idées transcendantes sans lesquelles il est impossible de créer une base à la morale, prétendent-ils. Nous croyons cette objection injus-

(1) Hauriou, *L'ordre social, la Justice et le Droit* (dans la *Revue trimestrielle de droit civil*, 1927, T. 4), p. 800.

(2) « *Id quod invenitur in omnibus aut in pluribus videtur ex inclinatione naturæ. Illud, enim, in quo omnes vel plures consentiunt, non potest esse omnino falsum* ». — St Thomas d'Aquin, *Ethicorum*, L. VII, I, 23. — Cf. Capitant *R. op. cit.* p. 129. — Cuche, *À la recherche du fondement du droit*, p. 68. — Kleinfeller, *op. cit.*, p. 15. — Lévy-Bruhl, *op. cit.* p. 35 et suiv.

lifiée. Si les positivistes repoussent l'autorité des idées aprioristes, ce n'est que pour trouver à la morale une base plus ferme, plus sûre et moins arbitraire. N'est-ce pas une idée de la plus haute moralité qui pousse les positivistes à aller chercher dans la nature le principe de notre conduite et qu'y a-t-il de plus moral que la conformité à la nature ? Si leurs constatations choquent quelquefois notre idéologie, n'est-ce pas la leçon de la réalité qui nous est donnée grâce à eux ?

En tout cas, l'attitude scientifique d'un positiviste est plus utile à l'humanité que celle d'un idéaliste. Le premier, dans la tourmente incessante de l'esprit, élargit le domaine du connaissable et le fait définitivement acquérir à l'humanité. Le second, parti d'une idée préconçue imposée par l'autorité du milieu, par l'éducation, par la paresse de l'esprit, ou fruit d'un acte de croyance, déduit les conséquences logiques de son principe et se révolte lorsque les faits lui font échec. C'est le premier qui enrichit la société, le second ne fait le plus souvent que jouir des travaux du précédent. Le philosophe positiviste monte la colline, l'idéaliste la descend. Rien n'émane de Dieu, mais tout tend vers Dieu, disait admirablement Aristote.

Donc, dans les sciences sociales, la connaissance *a posteriori* est supérieure à la connaissance *a priori*, l'induction est supérieure à la déduction.

Par cela même, l'importance de l'étude des faits est suffisamment démontrée. En réalité ce sont eux qui ont formé nos sens et notre logique même, qui les coordonnent et les corrigent. Le progrès intellectuel n'est que la révélation de plus en plus complète des faits. Nous esti-

mons une existence supérieure à une autre lorsque sa capacité à les saisir est plus développée. Notre vie est plus intense, notre substance est plus grande au fur et à mesure que nous sommes en état de concevoir les faits sous des rapports plus nombreux. On pourrait dire d'une façon générale, que nous ne vivons que par la connaissance des faits. Les idées ne sont que leurs images.

En conséquence, comme le disait tout à l'heure M. Hau-
riou, soyons sincères et humbles devant les faits. Obser-
vons-les et que nos prétentions métaphysiques soient mo-
destes. C'est aux faits, à la nature à parler ; notre rôle se
borne à les écouter.

§ XXVIII. — L'INFLUENCE DE NOS CROYANCES

SUR LA FORMATION DU DROIT

De tout ce que nous venons de dire dans le paragraphe
précédent, il ne s'ensuit point que nous repoussons toute
tendance spiritualiste dans l'élaboration du droit et des
faits sociaux en général. Cet élément spiritualiste existe in-
contestablement, c'est aussi un fait observable, mais il s'a-
git de lui faire sa juste part, de ne pas exagérer son impor-
tance et de ne pas lui donner la prédominance sur les faits
d'ordre matériel, ce que notre esprit est très enclin à faire.
Nous ne pouvons pas admettre cette prédominance, parce
que, comme nous venons de le démontrer, nos croyances
et nos sentiments sont les surproduits des faits matériels.

Le besoin de croyances est le résultat d'une double ten-
dence de notre nature : d'une part, il est la conséquence
de notre impuissance à nous expliquer tous les phénomènes

nes constatés ; d'autre part, il est le résultat du désir qui nous pousse à devancer les faits tels qu'ils s'offrent à notre connaissance (1). « Jamais les explications de la science ne nous satisfont pleinement. Nous cherchons toujours à pousser la liaison des faits au delà du dernier terme atteint ; un instinct intérieur excite sans cesse l'entendement à poursuivre la raison des choses, témoin irrécusable des limites de notre science, et aussi de l'existence d'un absolu inaccessible » (2).

Puisque nos concepts ont pour fondement et pour point de départ les faits extérieurs, il ne faut pas s'étonner de voir nos croyances métaphysiques s'adapter à l'ordre des choses existant. On est presque autorisé à dire que les croyances sont les pressentiments des faits futurs et non expliqués en conformité probable avec les faits existants et expliqués. Le présent est gros de l'avenir, disait Leibnitz.

Mais une réserve est à faire. Si nous sommes déjà obligés par la nature des choses de faire un acte de croyance, faisons-le le plus tard possible. Efforçons-nous d'abord à expliquer les phénomènes par tous les moyens contrôlables que nous avons à notre disposition, il ne sera jamais trop tard pour faire un acte de foi. C'est grâce à cet effort que nous sommes dignes du nom d'être pensants, c'est grâce à lui que les civilisations se mesurent et que l'humanité progresse effectivement. Si les hommes sont déjà

(1) D'après St Augustin « *Est autem fides, credere quod nondum vides* » (*Sermo*, 43, 1) « *Nam si vides non est fides* » (*Tract.* 79, 1 in *Joh. Evang.*) et *ibid.* 68, 3 : « *Hæc est enim laus fidei, si quod creditur, non videtur* ».

(2) Liard, *La science positive et la métaphysique*, 5^e éd. 1905, p. 31.

condamnés à se mouvoir dans le cercle éternel, tâchons au moins que le cercle soit le plus grand possible.

Mais la question principale qui nous intéresse est de connaître le rapport existant entre les faits positifs et les croyances. Jusqu'à présent nous avons examiné la genèse des conceptions métaphysiques, nous avons vu qu'elles sont engendrées par les faits et qu'elles les dépassent en quelque sorte. Maintenant nous examinerons la relation opposée, bien plus intéressante pour nous : quelle part revient aux croyances dans la formation des faits sociaux et du droit en particulier ?

Que cette influence existe, il est superflu de le prouver spécialement. Par cela même que les croyances ont les faits pour fondement, leur participation à la formation du droit est nécessaire et incontestable (1).

Au préalable, il faut faire toutefois une distinction entre l'idéal proprement dit, représentant une idée raisonnable, et la chimère. « Stérile est la chimère, dit Fouillée, comme ces monstres qui, alors même qu'ils ont pu naître, ne peuvent du moins enfanter à leur tour » (2) ; tandis que l'idéal porte en lui une force créatrice et tend impérieusement à se réaliser.

Par conséquent l'influence qu'un idéal exercera sur le

(1) Cf. dans le même sens : Anthony, *op. cit.* pp. 66, 73, 77, 83. — Bouglé, *Préface à la Sociologie et Philosophie* de E. Durkheim. — Fouillée, *op. cit.* pp. 235, 255. — Lévy-Bruhl, *op. cit.* p. 35 et suiv. p. 98. — Tanon, *op. cit.* pp. 62, 76, 158, 159. — Taranovski, *op. cit.* p. 123. — Tarde, *op. cit.* pp. 151, 152. — Tourtoulon, *op. cit.* pp. 556, 557.

(2) Fouillée, *op. cit.* p. 235.

droit dépend en premier lieu de sa composition et de sa puissance de représentation. Plus il est conforme aux faits existants tels qu'ils sont connus par la masse, plus il se rapproche de la mentalité du groupe et plus son importance grandit. Le succès d'une doctrine ou d'une religion est en fonction de leur vraisemblance, de leur conformité à l'état réel des choses. Un mouvement d'esprit dont la thèse est contredite par les faits, n'a pu jamais persister ; de cette espèce de conflit, les faits sortent toujours vainqueurs.

D'autre part, à côté d'un idéal, produit du raisonnement, il faut, parmi les éléments d'ordre spirituel qui contribuent à l'élaboration du droit, faire une place aux sentiments, y compris ces forces presque irraisonnées qui tirent leur origine d'une source instinctive et mystique. D'après le grand mot de Pascal, en effet, le cœur a ses raisons que la raison ne connaît pas.

Dans la formation du droit, la part de ces forces, vraiment obscures, est énorme ; elles composent ce qu'on appelle ordinairement le sentiment juridique et ce que les Allemands qualifient très expressivement *die rechterzeugende Gerechtigkeit*. C'est un élément vague et d'origine romantique, il est vrai. Nous n'ignorons pas que l'Ecole historique a eu le tort d'exagérer son importance en basant sur lui le droit tout entier, mais son rôle dans l'élaboration du droit ne peut pas être nié pour cela.

Pour éclairer par un exemple le rapport entre le droit et les croyances, faisons l'hypothèse suivante. Supposons que le Christ n'ait pas enseigné sa doctrine. Que deviendrait alors notre civilisation actuelle, quelle marche aurait

prise l'histoire, quelles seraient les conceptions et institutions juridiques et sociales sans l'avènement du christianisme ? Nous n'en savons rien et la seule chose que nous pouvons affirmer — et elle est capitale — c'est que sans le mouvement chrétien, notre civilisation ne serait guère ce qu'elle est à l'heure actuelle. L'exemple est, croyons-nous suffisant pour montrer le rôle immense de cet élément spiritualiste et idéaliste qui vient se surajouter et se greffer sur les faits bruts, pour se répercuter ensuite sur leur formation.

Prenons un autre cas pour illustrer le même rapport. Le solidarisme est un fait brut et naturel. Mais grâce à sa formation doctrinale et scientifique, il est devenu en plus une force sociale d'ordre spiritualiste, dont l'influence sur les lois diverses, votées au cours de ces dernières années, ne peut être niée. C'est encore un bel exemple qui montre comment les faits, idéalisés par la doctrine ou par la croyance, se reflètent sur eux-mêmes et sur la matière sociale (1)..

Mais cependant, en affirmant le rôle primordial des faits de tout ordre dans la formation de nos opinions et de notre droit, nous avons fait entrevoir qu'eux seuls ne suffisent pas à régler nos actions. Nous avons remarqué que, par les croyances, s'ajoute quelque chose de nouveau aux faits primordiaux, qu'elles créent une substance qui

(1) Cf. Capitant R. *op. cit.* p. 5. — Duguît, *Les doctrines juridiques objectivistes*, p. 40. — Fouillée, *op. cit.* Gareis, *op. cit.* pp. 278, 279. — Geny, *Les procédés d'élaboration du droit civil*, p. 182. — Hennebicq, *op. cit.* *passim*. — Tanon, *op. cit.* pp. 44, 60.

n'existait pas auparavant et par laquelle la Nature, par notre intermédiaire, se surpasse d'une certaine manière. Si les idées ne contenaient, en effet, que les réalités existantes et connues elles ne seraient qu'une sorte de miroir où ces réalités resteraient une image toujours semblable à elle-même. Cependant, nous venons de le voir, les idées sont un facteur social actif, portant en lui une force d'évolution, un élément nouveau, inexistant jusqu'à lui et qui donne la vie aux autres données sociales. C'est dans lui, dans cet élément mystérieux, représentant le passage entre ce qui est et entre ce qui sera, que se trouve l'énigme de notre conduite et la pierre d'achoppement pour tous les systèmes de la morale et du droit.

§ XXIX. — LE PROBLÈME INDICATIF-IMPÉRATIF

— CONCLUSION DE LA II^e PARTIE —

En examinant les écoles juridiques nous nous sommes rendu compte qu'elles sont toutes plus ou moins exactes en tant qu'elles expliquent les rapports du passé et en tant qu'elles prescrivent des règles purement formelles pour l'avenir. Dans la première partie de notre travail, nous avons donné de même le schéma rationnel d'après lequel nos actes raisonnés devraient être régis.

Cependant tout cela n'est qu'un schéma, une forme vide. Nous n'ignorons plus, il est vrai, notre but et nous supposons aussi avoir connaissance de nos moyens — mais dans le cas concret où nous devons prendre décision, la confiance dans la réalisation effective de notre fin nous abandonne. Certes, nous avons derrière nous, dans le

passé, le fait accompli qui nous assure de la nécessité d'une solution. Or, étant donné que les rapports dans la nature sont dans un changement perpétuel et que le cours des choses restera pour nous un mystère éternel, qui peut nous garantir que la relation existant hier entre la fin et le moyen sera la même aujourd'hui, que l'action d'à présent produira relativement à nous le même effet que celle d'hier ? Nous avons vu que le phénomène de l'hétérogénéité des fins est la conséquence non seulement de l'instabilité du milieu, mais encore de notre nature psychologique.

Ce qu'on appelle la conscience — cette « pensée malade » — n'est que le reflet de la désharmonie entre le présent et le futur. La voix de la conscience resterait toujours muette pour le genre humain s'il possédait une représentation exacte de l'avenir. Il serait logiquement impossible qu'une action rationnelle — une « résolution bien portante » — ait le remord pour conséquence.

Là se trouve le problème du passage de ce qui est à ce qui doit être, passage de l'indicatif à l'impératif. C'est le doute suprême de Hamlet : « Être ou n'être pas ? » (1).

L'existence même du problème montre que dans la conduite humaine il y a quelque chose de conscient et de voulu. En effet, tandis que le monde physique est

(1) « Voilà ce qui embarrasse la volonté et nous décide à supporter les maux que nous avons, plutôt que de courir à d'autres que nous ne connaissons pas..., c'est ainsi que les couleurs naturelles de notre résolution bien portante sont pâlies par le teint blafard de la pensée malade. » — Shakespeare, *Hamlet*.

sujet à des lois, à des causes mécaniques, les hommes, qui possèdent la représentation de l'avenir, de ce qui viendra, sont soumis en outre aux lois de fin, aux normes. C'est cette distinction fondamentale qui a servi à l'herring pour construire sa théorie du but dans le droit, de même qu'à Kelsen pour discriminer ses fameux *Sein* et *Sollen*.

Or, quoique la norme, l'impératif, ait pour base le passé, les données de l'indicatif, il reste toujours, comme nous venons de le voir, une part de voulu dans nos actions, part qui n'est pas couverte par l'expérience et qu'il faut diriger cependant. L'impératif est dans sa partie la plus essentielle absolument libre de l'influence de toute loi naturelle et nécessaire, *l'impératif est une volonté par excellence* (1).

Et maintenant voilà le problème : cette volonté, absolument dégagée des lois et qui n'a pour support aucune expérience, aucun contact avec le réel, qui apporte des

(1) « La loi naturelle est un jugement déclaratif : elle n'a pas d'autre valeur que d'exprimer des rapports existants ; elle n'a pas d'effet ; elle n'agit pas comme force productrice, comme cause efficiente et ne provoque aucun changement dans l'ordre des choses existantes. Il en est complètement différemment de la norme : celle-ci peut produire un effet et c'est précisément son but d'agir comme cause efficiente, de prendre une influence sur la volonté en la motivant et de déterminer cette volonté. La norme n'est pas comme la loi naturelle une déclaration de ce qui est ; elle doit créer quelque chose de nouveau, provoquer un certain processus... ». — Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*. — Cf. Capitant R. op. cit. pp. 4, 13. — Demogue, op. cit. p. 22. — Duguit, *Les doctrines juridiques objectives*, pp. 22, 23, 40.

éléments absolument nouveaux à l'ordre des choses existantes, comment la diriger, quelle direction lui assigner ?

On croyait encore récemment que la science était seule capable de nous donner les solutions nécessaires (1). Peu après Brunetière parlait de la faillite de la science dans le domaine de la morale. Les sociologues modernes sont de même très peu affirmatifs à cet égard. La sociologie en reconnaissant l'existence d'un écart entre le fait et l'action, ne peut rien nous proposer pour le combler. Ainsi Lévy-Bruhl envisage la possibilité d'améliorer la réalité morale donnée par l'intervention de certaines fins « naturelles et instinctives », mais il n'en donne aucune explication rationnelle (2).

En fait, cette explication n'existe pas. On ne fabrique pas de la vertu dans une éprouvette de laboratoire. La science ne nous enseigne que des phénomènes *a posteriori* et encore elle ne nous les enseigne pas tous. Or, « jamais d'un fait, d'un donné, d'une existence, on ne pourra faire sortir un précepte, un devoir faire » (3). Vu nos capacités de connaître, il est impossible de passer d'une façon rationnelle de l'énonciatif au normatif de l'indicatif à l'impératif, de la proposition « ceci existe »

(1) « ...La science seule peut résoudre à l'homme les éternels problèmes dont sa nature exige impérieusement la solution. » — Renan, *L'Avenir de la Science*.

(2) Cf. Lévy-Bruhl, *op. cit.* pp. XV, 99, 100, 129, 135. — Geny, *Science et Technique*, I, pp. 91, 92.

(3) Lalande, *Bulletin de la Société française de philosophie*, avril 1908, p. 133. — Cf. Charmont, *op. cit.* pp. 137, 148.

a la règle « il faut faire » (1). A ce point de vue, nous sommes tous nécessairement fatalistes.

La méthode d'observation la plus perfectionnée reste ici totalement impuissante. Les idéalistes n'ont pas manqué d'en profiter pour proclamer la stérilité du mouvement positiviste. Et on aurait dû le leur pardonner, s'ils avaient été capables eux-mêmes de nous proposer quelque chose de plus satisfaisant.

Une chose reste acquise en tout cas. C'est que pour diriger cette volonté quasi-libre, il est indispensable que nous possédions un idéal, par cela même que nous visions l'avenir. Mais que sera cet idéal ? — personne ne le sait. De ce que nous avons dit plus haut, il résulte qu'il sera en conformité avec l'expérience du passé, avec ce qui est. Mais pour qu'il soit le moins possible erroné, il faut bien connaître ce qui est donné déjà, et la méthode positiviste est cette fois encore la seule capable de le faire. Ainsi l'idéalisme proprement dit, l'institution d'un idéal, devrait être pour la science une opération d'analogie la plus exacte possible.

Nous arrivons donc à conclure qu'il est impossible de trouver un passage de l'indicatif à l'imperatif qui soit rationnellement satisfaisant. Notre méthode sera ainsi, comme elle l'a été toujours d'ailleurs, une méthode de tâtonnements, avec les erreurs plus ou moins grandes

(1) Cf. dans le même sens : Bonnecase, *Introduction à l'étude du droit*, p. 152. — Geny, *Procédés d'élaboration du droit civil*, p. 185. — Le Fur, *op. cit.* pp. 5, 81. — Ripert, *La Règle morale dans les obligations civiles*, p. 20. — Le Fur, *Le droit naturel et le positivisme juridique*, p. 19.

dépendant de notre connaissance du passé. Nous n'avons que des probabilités, jamais de certitude (1).

Relativement à la notion de la justice et pour résumer tout ce qui précède, la conclusion suivante s'impose :

Nos croyances sont une partie de la notion de justice, mais elles ne la forment pas exclusivement. Notre justice est composée de deux éléments : d'une part de la justice biologique, produit de la sélection naturelle ; d'autre part des conceptions métaphysiques sur le but et sur la finalité. Ainsi les croyances métaphysiques modifient et dénaturent d'une certaine manière les lois brutes de la sélection naturelle, en leur substituant une *justice biologique adoucie par les croyances métaphysiques*.

(1) Cf. dans le même sens, Demogue, *op. cit.* pp. 23, 24, 36. — Garcis, *op. cit.* p. 279. — Tarde, *op. cit.* p. 152.

TROISIÈME PARTIE

Des modes techniques par lesquels la notion de la Justice pénètre le Droit positif

Dans les deux parties qui précèdent, nous avons examiné la notion de justice en elle-même et la part qui lui revient dans le droit envisagé sous son aspect statique. Désormais, pour compléter notre sujet, nous nous placerons sur un terrain plus proprement juridique en étudiant dans un premier chapitre les moyens et les manières par lesquels le droit se transforme et évolue sous l'influence de la notion de justice.

Après avoir examiné ces procédés et pour les illustrer, nous fournirons dans un autre chapitre quelques exemples concrets, les plus caractéristiques pour notre thèse. Le problème sera donc envisagé cette fois sous son aspect dynamique.

CHAPITRE PREMIER

§ XXX. — LE TRAVAIL LÉGISLATIF

Parmi les modes techniques (1) au moyen desquels se manifeste le droit positif, la première place revient incontestablement aux lois écrites. En effet, la particularité la plus intime de toute technique consiste dans son rôle à remplir une tâche bien déterminée, sans avoir à en demander les causes. Et tel est en réalité le rôle de la loi écrite : précision et absence de motifs. Dans l'ordre juridique, la loi est un instrument technique par excellence (2).

Cette absence de motifs explique merveilleusement les

(1) « Pour moi, la notion de technique juridique représente tout ce qu'il y a d'artificiel ou ce qui est œuvre propre de la volonté humaine dans la confection du droit positif. » — Geny, *Les procédés d'élaboration du droit civil*, p. 189. — « ...la technique est l'ensemble des procédés que l'on emploie dans un art, dans un métier, dans une fabrication... » — Cuche, *Conférences de la philosophie du droit*, p. 95. — « La technique juridique est l'ensemble des moyens de toute nature à l'aide desquels s'élaborent, apparaissent, se transforment, s'appliquent et s'éteignent les règles de droit. » — Bonnetcase, *Introduction à l'étude du droit*, p. 52. — Adde, Demogue, *op. cit.* p. 53. — Geny, *La technique législative dans la Codification civile moderne*, pp. 991, 993.

(2) Cf. Capitant R., *op. cit.* p. 13. — Stammler, *op. cit.* pp. 3, 4.

deux qualités essentielles des lois écrites, l'élasticité du texte, ou mieux sa généralité, et son désintéressement apparent pour les conceptions morales courantes. En fait, cette dernière qualité, résultat de l'absence de motifs, n'est que la conséquence de la première. Pour répondre à sa tâche principale, pour assurer la stabilité des rapports sociaux, la loi écrite tend à embrasser la plus grande somme possible de relations existantes, tout en visant l'avenir, afin d'éviter les changements de textes trop fréquents. Et si les textes contenaient des motifs — qui sont nous l'avons vu extrêmement variables et instables — ils enchaîneraient leur propre vie au présent immédiat, alors que le but de toute loi est de régler l'avenir. Ainsi, en donnant des motifs, la loi manquerait gravement à sa tâche, elle se suiciderait en quelque sorte.

L'histoire juridique nous fournit en cette matière des exemples très instructifs. Le plus convaincant d'entre eux est sans doute la puissance vitale du Code Napoléon. En se préservant « de la dangereuse ambition de tout régler et de tout prévoir » (1) le Code civil a « fixant le présent... préparé son évolution » (2).

Un exemple plus récent nous est donné par l'élaboration du Code civil allemand. Ayant prévu dans son premier projet une foule de motifs et ayant rencontré une opposition extrêmement forte, il a été obligé de les sup-

(1) Portalis, dans le *Discours préliminaire prononcé lors de la représentation du projet de la commission du Gouvernement 1804* — Cf. Fenet, *Travaux préparatoires de Code civil*, t. I, pp. 469, 471.

(2) Lévy-Ullmann, *Discours sur le Code civil*, 1904, p. 9. — Adde, Geny, *Méthode d'interprétation*, I, p. 236.

primer complètement. On lui objectait qu'une loi ne doit pas empêcher le libre développement ultérieur des conceptions sur la justice et sur l'utilité, ce que l'introduction de motifs aurait eu pour conséquence inévitable. Si l'on veut que la règle reste, on doit permettre que les motifs changent (1).

Mais, il n'est pas moins vrai, d'autre part, qu'il résulte de cet état de choses une certaine démoralisation du droit. La loi, ne donnant pas les motifs, fait que les rapports choquant la conscience publique, se trouvent souvent consacrés par le droit. Certes, il est remédié à ce défaut, dans les législations non formalistes en particulier, par nombre d'institutions spéciales, telles que le pouvoir de plus en plus large de la libre appréciation du juge, la cause dans les obligations, etc... Mais du même coup, il importe de le constater, la règle du droit perd inévitablement de sa précision. Nous nous trouvons ici dans la contradiction la plus intime de l'ordre juridique : une incompatibilité existe entre la règle formelle et abstraite et les situations concrètes. On voudrait donner une certaine stabilité à quelque chose qui est instable par sa nature.

Et malgré cette stabilité désirée, il arrive un moment où les rapports sociaux sont tellement modifiés que même l'élasticité de la règle abstraite ne suffit plus à les satisfaire. Alors apparaît le besoin de lois nouvelles (2).

(1) Cf. Bekker, *Über die römische und die moderne Æquitas*, p. 355.

(2) Cf. Capitant H. *Les transformations du droit civil français*, p. 31. — Morin G. *La révolte des faits contre le Code 1920*, Préface.

Soit pour donner une autre forme aux situations existantes, soit pour régler des situations tout à fait neuves, les lois nouvelles sont l'instrument le plus puissant, le plus naturel et le moins dangereux au moyen duquel la notion concrète de la justice s'introduit dans l'ordre juridique positif. Il est évident du reste, qu'une fois devenu un élément du droit positif, la règle nouvelle reste sujette à l'action du temps, elle s'écarte de plus en plus de l'état de choses qui lui a donné naissance, pour être remplacée enfin par un autre principe plus moderne qui, lui aussi, partagera les destinées de celui qui le précédait. Il est évident, de même, que plus une règle est parfaite au point de vue de la technique, plus longtemps elle sera capable de satisfaire les besoins d'une société.

L'art de légiférer se manifeste justement dans cette résistance offerte par la règle aux attaques du temps.

Ainsi, afin de donner une vie aussi longue que possible aux règles juridiques énoncées dans les lois écrites — c'est-à-dire de répondre au besoin de stabilité de l'ordre juridique — une tendance générale se manifeste dans la technique législative moderne. Nous assistons à l'heure actuelle à un relâchement des cadres rigides de la règle écrite.

Par là nous visons en particulier deux phénomènes qui en tant que principes législatifs semblent avoir une importance chaque jour plus grande. C'est avant tout, le champ de plus en plus étendu qui est abandonné à la libre appréciation du juge et ensuite c'est le rôle toujours plus considérable des dispositions élastiques, appelées « les dispositions caoutchouc ». Ces dernières ne sont en

fait qu'un des modes à travers desquels la libre appréciation du juge se manifeste.

La libre appréciation du juge est le terrain propre où s'exerce le *nobile officium judicis*. Et il est à souligner que plus une société est civilisée, plus grande est la liberté du juge, c'est-à-dire moins formelle est la législation. On peut y voir, croyons-nous, non seulement le résultat d'une moralité sociale perfectionnée et d'une meilleure organisation judiciaire, mais surtout la conséquence du besoin, toujours plus impérieux dans une société développée, de satisfaire avec souplesse les relations multiples et variées d'une vie active. Dans les législations primitives, dans la Rome des XII Tables par exemple, tout est réglé d'une manière tranchante et impérieuse : le juge est un simple instrument qui n'a qu'à constater les faits, l'interprétation de la loi proprement dite n'existe pas. Quelle différence avec le siècle classique du Droit romain !

Cette tendance vers une déformalisation de la règle juridique écrite est symptomatique spécialement dans les codifications étrangères récentes. Il nous suffit de rappeler à ce propos les dispositions célèbres des articles 133 et 138 du *Bürgerliches Gesetzbuch* d'après lesquelles le pouvoir des tribunaux dans l'appréciation des conventions est extrêmement étendu, de même que les articles 1 et 4 du *Code fédéral des obligations* où le pouvoir discrétionnaire du juge est devenu une véritable délégation générale (1).

(1) Cf. Bekker, *op. cit.* p. 355. — Charmont, *Le droit et l'esprit démocratique*, p. 76. — Cornil, *Le droit privé*, 1924, pp. 88, 89. —

D'une manière indirecte, le Code civil, dans son article 4 autorise le juge, ou mieux il l'oblige, à donner d'après ses propres lumières les solutions que le Code aurait omis de prévoir. Par ce moyen l'individualisation judiciaire des droits privés est considérablement facilitée (1). Dans la même situation, lorsque les textes font défaut, le Code autrichien, par son paragraphe 7, renvoie le juge aux principes du droit naturel.

En ce qui concerne les dispositions qualifiées « caoutchouc » à raison de leur élasticité, quoique jouissant d'une mauvaise réputation parmi les techniciens du droit, elles s'imposent par la force même des choses. A ce point de vue les expressions les plus importantes sont celles de « bonnes mœurs » et « d'ordre public » de l'article 6 et aussi d' « utilité publique » de l'article 545. Un autre terme qui, par sa composition même, se prête merveilleusement aux modifications de la vie est celui d' « équité » dont il est fait usage par le Code dans les articles 565, 1.135 et 1.854.

Si nous insistons plus longuement sur ces dispositions,

Gareis, *op. cit.* pp. 285, 303, 306. — Geny, *Méthode d'interprétation*, II, pp. 326, 328. — Lévy-Ullmann, *op. cit.* p. 9. — Portalis, *op. cit.* — Saleilles, *Le Code civil et la Méthode historique* (dans le *Livre de Centenaire du Code civil*), p. 129. — *Addé* : *Bürgerliches Gesetzbuch*, art. 530, 533, 1.333-4, 1.353-4-7-8, 1.568, 1.666, 2.333, 2.336.

(1) A titre d'exemple sur l'individualisation des droits, v. les articles suivants du Code civil : 117, 122, 126, 177, 208, 211, 231, 236, 302, 310, 377, 380, 383, 618, 645, 798, 1.008, 1.184, 1.244, 1.458, 2.126, etc., etc. — Cf. Geny, *Méthode d'interprétation*, I pp. 213, 233. — Porte Marcel, *La Jurisprudence et l'Equité*, 1899, p. 8. — Saleilles, *Ecole historique et droit naturel*.

c'est pour faire mieux ressortir la tendance juridique moderne qui consiste à plier le droit le plus directement possible à la vie elle-même. Et en effet l'avantage principal des dites formules est d'être à contenu variable et de se transformer parallèlement aux conceptions et aux besoins sociaux, sans exiger l'intervention du législateur, qui vient toujours un peu tard et qui ne vient pas toujours. La notion concrète de justice se trouvera représentée et appliquée au moyen de ces règles d'une manière satisfaisant le mieux et la morale et la santé d'une société. C'est donc par la voie de ces dispositions que la notion de justice alimente le droit positif et le fait progresser d'une manière peu visible, mais extrêmement féconde. Ce progrès est encore facilité par la place que les lois écrites laissent au droit coutumier, place qui est « bien plus grande qu'on ne le croit ordinairement » (1).

Un autre exemple de la tendance moderne à concrétiser la technique du droit, et par cela à moraliser le droit lui-même, c'est la décadence, ou si l'on préfère l'épuisement de l'article 1.134 du Code civil, d'après lequel les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. C'est un phénomène dont la généralité théorique, il est vrai, est moins grande que celle du précédent, mais son importance pratique est immense.

L'empire de ce principe fondamental est rétréci de

(1) H. Capitant, *op. cit.* p. 63.

jour en jour par des lois spéciales nouvelles (1). Le législateur moderne, en négligeant les principes abstraits, se préoccupe avant tout de situations de fait. Il entre dans l'examen des conditions concrètes, défend l'exploitation, sous la protection des formules générales, de la nécessité et de l'ignorance où se trouve l'une des parties et surtout il protège le plus faible économiquement.

On écarte ainsi de plus en plus le formalisme, la parole, pour entrer dans la psychologie des contractants et dans l'appréciation des faits. « Pour les rédacteurs du Code, ce qui a été voulu par les parties est juste et doit être respecté, parce que cela a été, pensent-ils, librement débattu, et que la justice veut avant tout le respect de la parole donnée. Aujourd'hui nous estimons que la justice veut avant tout que le fort n'opprime pas le faible » (2). Quelle réponse imprévue ce serait pour le bon Cicéron se demandant : « *Quid tamen fidei humanæ congruens sit, nisi id, quod homines inter eos placuerunt servare ?* ».

Enfin le principe de l'intervention du législateur par des règles impérieuses dans les contrats du droit privé s'introduit de plus en plus dans la technique législative moderne ; c'est l'expression d'une conception nouvelle

(1) Ainsi : La loi du 12 mars 1900 sur la vente à crédit de valeurs de bourse ; la loi du 8 juillet et du 27 avril 1916 sur l'assistance maritime ; les décrets du 10 août 1899 sur les marchés de travaux publics ; la loi du 10 juillet 1915 sur le minimum de salaire des ouvrières travaillant à domicile dans l'industrie du vêtement, etc... — Cf. H. Capitant, *op. cit.* pp. 59, 60.

(2) Capitant H. *op. cit.* p. 60. — « Il y a une morale plus forte que les signatures ; il y a le droit de vivre ». — Emmanuel Lévy, *La Paix par la Justice*, 1929, p. 17.

de la justice qui s'est fait jour, et qui semble opposée à l'atténuation du formalisme signalée plus haut (1).

En fait, l'antagonisme n'est qu'apparent. Les deux instrument techniques ont un but identique : permettre que la loi soit l'expression la plus exacte possible de la justice concrète. La différence n'est que dans la méthode, imposée par les nécessités pratiques. Un rapport juridique typique, tel que le contrat d'adhésion, où la relation des parties est presque cristallisée — le fort exploite toujours le faible — se prête à une réglementation très précise et très énergique trouvant sa meilleure forme dans une disposition impérative ; tandis que les rapports variés et changeants, qui ne sont susceptibles ni d'être prévus ni d'être classés et auxquels une règle impérative ne pourrait que nuire par sa rigidité, sont abandonnés aux lumières des tribunaux dans tous les cas concrets. Du point de vue théorique, et eu égard à la nécessité pour la loi écrite de réaliser le maximum de solutions justes, les prescriptions plus souples sont d'un intérêt plus large que les dispositions impératives, et, en même temps, notons-le, plus dangereuses et moins énergiques que ces dernières.

§ XXXI. — L'INTERPRÉTATION JURIDIQUE

L'interprétation juridique du droit, ou la jurisprudence, consiste dans l'application des règles juridiques par les tribunaux dans les cas concrets et représente

(1) Cf. Morin G. *La loi et le Contrat. La décadence de leur souveraineté*, 1927, pp. 163, 166. — *Ad-infra* § 37.

pratiquement la plus importante forme par laquelle le droit positif se manifeste. Cette importance est encore agrandie par ce qu'on appelle le pouvoir prétorien de la jurisprudence.

Si la loi pouvait être complète et parfaite, le rôle du juge serait moins important et bien moins difficile qu'il n'est en réalité. Mais de cette insuffisance et de cette imperfection résultent des lacunes dans les textes et la rigidité, on serait presque tenté de dire la grossièreté de la formule écrite. Ce n'est pas sans raison que depuis toujours on a représenté la loi comme une femme aux yeux bandés : ce n'est pas seulement pour qu'elle ne voie pas les personnes justiciables, mais surtout parce que, enfermée dans les formules, elle ne peut pas voir les faits et les situations concrètes. Et c'est au juge, à l'interprète de la loi que revient la tâche de corriger ces défauts en donnant un contenu concret et la vie à cette disposition incomplète et insuffisante (1).

L'interprétation juridique doit encore répondre à une autre tâche bien délicate et importante. Tout en se pliant aux nouvelles exigences de la vie et en adaptant la règle à l'évolution sociale, elle prépare la loi nouvelle et lui trace sa voie. Grâce à ses procédés souples et à la méthode de tâtonnement qui lui est propre, la jurispru-

(1) Cf. Geny, *Méthode d'interprétation*, I, pp. 208, 219. — Esmein, *La Jurisprudence et la Doctrine* (dans la *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, n° 1), p. 12. — Platon, *Les lois*, I, VI, p. 349. — Saleilles, *Préface* à l'ouvrage cité de M. Geny, p. XII. — Spassoïevitch J. *L'analogie et l'interprétation. Contribution à l'étude des méthodes en droit privé*, Thèse Paris 1911, pp. 1, 3, 127, 128.

dence « sans perdre jamais le contact avec le code d'hier prépare le code de demain » (1).

Mais il est vrai, d'autre part, que les innovations jurisprudentielles représentent un grave danger pour le principe constitutionnel et fondamental de la séparation des pouvoirs ; en empiétant sur le terrain propre au législateur, le juge entreprend une fonction non seulement illégale, mais extrêmement dangereuse pour l'ordre public.

A ce point de vue toutefois la distinction suivante que M. Geny avait particulièrement mise en lumière s'impose : ce qu'on appelle le pouvoir prétorien de la jurisprudence comporte deux choses fort différentes (2).

Tout d'abord, il est évident et nécessaire que dans les cas déterminés, le juge, en adaptant la loi aux circonstances particulières, représente une sorte de législateur de second degré. Il est par rapport au texte ce qu'est le législateur relativement à la loi constitutionnelle ; c'est le terrain propre où il jouit d'un pouvoir incontesté.

C'est sous un autre rapport que ce travail des tribunaux est discuté et mérite le qualificatif de pouvoir prétorien. Il s'agit de savoir si une série de jugements prononcés dans une situation déterminée et consacrant une

(1) Cornil, *Le droit privé*, p. 60. — Cf. Capitant, *op. cit.* p. 67. — Geny, *Méthode d'interprétation*, II, pp. 50, 53. — Marcel Porte, *op. cit.* p. 9. — Adde, Cornil, *op. cit.* pp. 55, 77, 80, 87.

(2) Geny, *Méthode d'interprétation*, II, pp. 33, 53. — Adde, Cornil, *op. cit.* p. 77. — Ripert, *La Règle morale dans les obligations civiles*, p. 26. — Saleilles, *Ecole historique et droit naturel*, pp. 102, 105.

solution toujours identique, jouit ou non d'une autorité égale aux sources formelles légalement reconnus ? Une telle solution s'impose-t-elle à l'interprète ou peut-il la négliger ?

Reconnaître l'autorité de la jurisprudence prétorienne, ce serait faire table rase de la séparation des pouvoirs ; la repousser *a priori*, ce serait nier l'évidence des faits. Le rôle immense qui revient, en France surtout, à la jurisprudence créatrice dans l'élaboration du droit, est un fait non seulement indiscuté, mais admiré. Par conséquent l'attitude à prendre envers le pouvoir prétorien de la jurisprudence, c'est de considérer les choses dans le passé et de se confier, pour l'avenir, au bon sens des tribunaux. L'autorité de la jurisprudence s'imposera, ne l'oublions pas, le plus souvent *rationis imperio*, sinon *ratione imperii* (1).

La jurisprudence est ainsi, si l'on envisage les choses au fond, le principal élément de l'élaboration du droit positif. N'ayant aucun système doctrinal arrêté, traditionnaliste et empirique, se trouvant en contact avec la loi et avec la vie, la jurisprudence est l'instrument le plus sûr par lequel s'exprime la nature complexe du droit. Elle « ne trouve son terrain propre que dans le milieu moral, social, économique, qui est comme l'atmosphère du monde juridique » (2).

(1) Le Code fédéral des obligations de 1907 recommande au juge, article 4, alinéa 3, de s'inspirer des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence.

(2) Geny, *Méthode d'interprétation*, I, p. 220. — *Adde*, Capitant H,

Il ne faut pas s'étonner par conséquent de voir que la notion de justice se réalise et se manifeste de la façon la plus sûre et pratiquement la plus importante, à travers les décisions de la jurisprudence. Le pouvoir prétorien n'est que le résultat de la nécessité qu'il y a à satisfaire le sentiment de la justice, lorsque les faits débordent la règle ou lorsque la règle ne répond plus aux besoins de la vie. Plus souple que la loi, plus proche des situations concrètes, c'est la jurisprudence qui est la vraie manifestation du droit positif, c'est par elle que les considérations morales d'un moment trouvent leur application définitive. Les jugements sur *standard* se développent de plus en plus au détriment des jugements sur règles. La formule de la loi tend à devenir une simple enveloppe dont le contenu, grâce au travail des tribunaux, sera transformé parallèlement au cours de la vie (1).

Toutefois, il ne faut pas croire que nous préconisons ce qu'on appelait jadis « l'équité cérébrine » qui « brise toutes les barrières... ôte toute confiance... laisse les justiciables sans boussole et sans guide » (2). Au contraire,

op. cit. pp. 70, 71. — Sur le rôle de la jurisprudence dans le droit romain. Cf. Cuq, *op. cit.* pp. 44, 45, 47.

(1) Cf. Capitant H., *op. cit.* p. 74. — Charmont, *Le droit et l'esprit démocratique*, p. 175. — Colin et Capitant, *Cours élémentaire du Droit civil français*, 3^e éd., II, p. 71. — Cornil, *op. cit.* p. 49. — Gareis, *op. cit.* pp. 303, 305. — Gorphe, *op. cit.* p. 237. — Lagorgette, *op. cit.* p. 15. — Portalis, *op. cit.* p. 463. — Morin G., *op. cit.* pp. III, IV. — Ripert, *op. cit.* p. 26. — Saleilles, *Le Code civil et la Méthode historique*, pp. 101, 114.

(2) Troplong, *Du contrat de mariage*, t. III, p. 55.

nous estimons que le juge doit se borner à se mouvoir dans les limites à lui tracées par la loi — autrement celle-ci aurait perdu sa raison d'être et ferait place à la destruction de la stabilité sociale — mais au moins faut-il qu'il puisse s'y mouvoir. Ici encore, à part les règles d'ordre impératif, tout dépend du bon sens du magistrat : il doit savoir conserver l'autorité de la loi et satisfaire la justice, qui — ne l'oublions pas — est la première condition de cette autorité.

§ XXXII. — L'INTERPRÉTATION DOCTRINALE

À côté de la loi et de la jurisprudence, une place de première importance dans l'élaboration du droit revient à l'interprétation doctrinale. Celle-ci en déterminant le véritable sens de la formule législative conformément à son but et en la pliant aux besoins de la vie sociale, tend avant tout à systématiser l'œuvre du législateur en un ensemble harmonieux et scientifique.

En poursuivant ce travail, la doctrine corrige, enrichit et rend plus souple le corps du droit. Elle le corrige en relevant des lacunes et des contradictions toujours possibles dans les textes et dans les décisions des tribunaux, et propose les moyens d'y remédier ; elle l'enrichit d'arguments nouveaux en faveur des solutions positives et de discussions nombreuses dont le droit ne peut que profiter. Enfin la doctrine rend le droit plus souple et plus humain, car elle se trouve en rapport incessant avec les conceptions nouvelles qui se sont fait jour dans le domaine de la morale et de l'économie politique. Par

dessus tout, en regardant les choses de haut, elle s'élève avec une facilité spéciale aux considérations d'ordre supérieur qui régissent l'humanité et qui empêchent le droit de devenir une simple technique abstraite, en lui rappelant sa vraie tâche sociale.

Grâce à toutes ces qualités, la doctrine remédie aux défauts des textes et de la jurisprudence ; elle devient pour eux une compagne dont ils ne peuvent plus se passer et reste l'un des facteurs principaux dans la formation du droit. Elle répond parfaitement au désir de Cicéron qui enseignait à ses contemporains casuistes qu'il fallait *jus civile in artem redigere* (1).

Pour nous rendre compte de l'importance que le travail doctrinal représente pour l'élaboration du droit, et en négligeant l'exemple classique du droit romain avec ses *responsa prudentium*, nous croyons que son rôle est de nos jours suffisamment expliqué dans l'œuvre accomplie par Bufnoir, Esmein, Saleilles et M. Geny relativement à la méthode juridique. A l'idéologie abstraite, à la méthode syllogistique et dogmatique de l'école d'exégèse, ces maîtres ont substitué l'élément social dominé par l'idée de justice. Grâce à eux, la science des entités verbales a fait place à la science de la vie.

Du même coup, la séparation regrettable existant jusqu'alors entre l'Ecole et le Palais a cessé. La tour d'ivoire dans laquelle la doctrine s'était enfermée a ouvert lar-

(1) Cf Capitant, *op. cit.* pp. 62, 63. — Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, p. 72. — Saleilles, *Introduction à l'étude du Code civil allemand*, 1904, p. 100. — Saleilles, *Préface à la Méthode d'interprétation de M. Geny*.

gement ses portes au travail de la jurisprudence. On s'était rendu compte que, d'après le mot de Flaubert, l'ignorance est l'écume de l'orgueil. De cette expérience, le droit sortit enrichi (1).

C'est Saleilles en particulier qui fut l'animateur du mouvement moderne relatif à cette revivification du droit. « Le danger des codes est, en général, écrivait-il (2) de remplacer la science par l'exégèse, d'entraver le progrès par l'abus du formalisme et de la casuistique et d'établir une séparation artificielle et funeste, quelquefois même une opposition véritable, entre le droit et les mœurs, entre la loi et l'équité, entre les textes qui expriment le droit et les besoins nouveaux qui le créent... Et tout dépend alors des méthodes d'interprétation ».

En effet, c'est là que le problème de la technique du droit positif est concentré tout entier. C'est à la méthode d'interprétation qu'appartient la tâche de faire concorder la lettre et la vie, d'introduire dans la sphère du droit les nouveautés, sans compromettre la stabilité. Et pour résoudre ce problème, personne n'est mieux qualifié que la doctrine.

Cependant, pour répondre à cette dernière tâche, il importe de posséder au préalable une règle objective d'interprétation qui nous préservera du subjectivisme dangereux et qui permettra ainsi d'éviter l'arbitraire judiciaire.

(1) Cf. Esmein, *La Jurisprudence et la Doctrine*, pp. 7, 11. — Saleilles, *Ecole historique et droit naturel*, p. 104.

(2) Saleilles, *Introduction à l'étude du Code civil allemand*, p. 89.

Saleilles lui-même, en protagoniste du mouvement, faisait preuve d'une admirable sincérité scientifique quand il écrivait : « Je crois que l'interprétation large et les libres pouvoirs que nous réclamons pour le juge ne sont admissibles, socialement et scientifiquement, que si, à côté des textes et à défaut d'eux, nous pouvons fournir certaines bases objectives d'interprétation » (1).

Le problème des bases objectives d'interprétation a posé la question sur son vrai terrain, qui est celui de la libre recherche scientifique du droit.

§ XXXIII. — LE MOUVEMENT DE LA LIBRE RECHERCHE
SCIENTIFIQUE

Aujourd'hui c'est une chose définitivement admise que le droit se compose de deux éléments, de la science et de la technique, du donné et du construit, suivant les expressions de M. Geny. Et lorsque la technique, personnifiée dans la loi, ne se suffit plus, il faut la compléter par la science, par le donné. Les dangers et les vicissitudes d'une technique, qui prétend trouver en elle-même les remèdes à ses maux, sont magistralement analysés et dénoncés par M. Geny, si bien que personne n'ose plus défendre une pareille thèse. Par conséquent, pour compléter l'ordre juridique, il importe de faire appel à la réalité dont est sorti cette technique insuffisante et qui est très heureusement qualifiée de « donné juridique » (2).

(1) Saleilles, *Ecole historique et droit naturel*, p. 102.

(2) Cf. Geny, *Méthode d'interprétation*, I, pp. 65, 71, 124, 134, 169, 192, 193, 203.

Nous avons conscience aujourd'hui que la technique juridique, dans laquelle l'école d'exégèse voulait voir tout le droit, n'est qu'une création artificielle de l'homme, imposée par des besoins pratiques, qu'elle est simplement un « artifice s'exerçant sur la nature » d'après l'admirable expression de M. Geny (1).

Ainsi, doctrinalement la voie est définitivement ouverte à la thèse de la libre recherche scientifique et il ne s'agit que de trouver une solution.

C'est-à-dire que pour se préserver de l'arbitraire dans cette investigation, il faut se baser au préalable sur un critérium sûr, il faut trouver un instrument de précision du « juste objectif » (2).

Lorsqu'arrive le moment où l'interprète, toutes les sources formelles lui refusant leur service, doit trouver une solution, où ira-t-il pour en trouver une et par quels moyens va-t-il découvrir cette règle objective ?

Quant à la première question, le doute n'est guère possible. L'interprète cherchera les éléments de sa solution dans cette « nature des choses », dans les sources réelles du droit, c'est-à-dire dans la matière sociale, dans la vie.

En ce qui concerne la seconde question, quels sont les procédés grâce auxquels l'interprète découvrira une règle scientifiquement objective, il nous semble impossible de trouver une réponse logiquement satisfaisante. Aban-

(1) Geny, *Science et Technique*, I, pp. 96, 97. — Adde, Duguit, *Les doctrines juridiques objectivistes*, pp. 13, 14.

(2) Geny, *Les procédés d'élaboration du droit civil*, pp. 177, 178.

donné à lui-même, l'interprète interrogera sa raison et sa conscience et finira par prendre une solution qui, en dernière ligne, sera le produit de son intuition et de son instinct juridique. Certes, avant tout, il interrogera les faits. Mais nous avons vu que les faits ne parlent pas à tous le même langage. Un certain arbitraire est ainsi inévitable, et si quelques règles, se prêtant à l'objectivation, avaient existé en cette matière, nous sommes convaincu que la loi n'aurait pas hésité à les adopter. Ici encore notre méthode doit forcément rester, au point de vue de la logique, une méthode de tâtonnement dont les dangers d'ailleurs ne semblent pas être fort grands en pratique (1).

Le même mouvement en vue d'une libre recherche du droit s'est dessiné en Allemagne à la même époque qu'en France. La thèse d'après laquelle le droit positif forme un ensemble clos se suffisant à lui-même, a été renversée par l'existence de lacunes dans le droit. Les faits avaient démontré d'une façon irréfutable que *die logische Geschlossenheit des Rechts* n'existe pas. Il a fallu trouver par conséquent un procédé pour combler ces lacunes et on l'avait également cherché dans les principes du *freies Recht* en exigeant pour l'interprète la possibilité d'une *freie Rechtsfindung*.

Et la doctrine allemande s'était contentée de résoudre

(1) Cf. Bonnecase, *Introduction à l'étude du Droit*, pp. 52, 78. — Capitant H., *Introduction à l'étude du droit civil*, p. 85. — Geny, *Méthode d'interprétation*, I, pp. 207, 238 ; II, pp. 74, 93, 185. — Lévy-Ullmann, *Programme d'un Cours d'introduction*, p. 838. — Saleilles, *Allocution*, prononcée au Collège libre des sciences sociales (dans les *Méthodes juridiques*, 1911), pp. 21, 22.

le problème d'une manière simple, mais insuffisante. Les auteurs d'outre-Rhin se sont aperçus que la libre recherche scientifique de la règle juridique se confond en fait avec le pouvoir discrétionnaire du juge, avec l'*arbitrium judicis*. En tant donc que la loi ou la coutume fônt appel au libre arbitre du juge, celui-ci est autorisé à chercher librement la règle en question — c'est la libre découverte du droit à l'intérieur de la loi, *eingebautes freies Recht*. La justification formelle du principe nouveau a été ainsi assurée, mais en ce qui concerne la recherche elle-même et les directives objectives qu'elle devrait comporter, on n'avait proposé rien de bien nouveau. On préconisait soit l'analogie, comme Zitelmann, soit le retour au droit naturel, comme Stammler — solution à laquelle, nous l'avons vu, devait aboutir de même l'effort de M. Geny (1).

Enfin, le dernier moyen proposé pour découvrir un instrument d'objectivation dans la libre recherche du droit fut le droit comparé. Ce serait vraiment un instrument très scientifique, le plus juridique et le plus riche en solutions, vu que le droit comparé représente une sorte de droit subsidiaire et commun à toute l'humanité civilisée. Mais d'autre part, comme l'a fait observer Esmein, si le droit comparé peut fournir au législateur

(1) Cf. Gareis, *op. cit.* pp. 300, 303. — Geny, *Méthode d'interprétation*, II, pp. 330, 339, 401. — Sur l'analogie dans le droit. Cf. Bouglé, *Le solidarisme*, p. 81. — Durkeim, *Sociologie et Philosophie*, p. 1. — Geny, *Méthode d'interprétation*, I, pp. 304, 315. — Spas-soïevitch, *Analogie et interprétation*, pp. 4, 5, 87, 100, 129.

les idées, la technique du droit national, une fois constituée, se refuse à être dominée par un droit étranger (1).

Quoique nous ayons déjà fait entrevoir notre opinion sur le problème de la libre recherche scientifique du droit, nous croyons utile de la résumer ici et de la concrétiser.

Dans la libre recherche scientifique de la règle juridique — il ne doit s'agir nullement de la libre création du droit — nous voyons avant tout un moyen d'une importance pratique énorme, par lequel le droit positif subira l'influence de la notion de la justice. En contact direct avec la vie et sans que la formule dénature la réalité des choses, le juge est théoriquement dans la meilleure condition pour réaliser la véritable notion du droit existant. Cette influence directe de la notion de justice est encore augmentée par la tendance signalée plus haut et qui consiste à élargir le domaine du pouvoir discrétionnaire du juge et à atténuer le formalisme existant.

C'est en effet le formalisme qui est la source du problème et la cause du désaccord entre la vie et le droit positif. La formule, artifice exercé sur la nature, ne peut avoir pour conséquence que de vicier la nature elle-même. Ainsi s'explique l'antagonisme entre la technique et la science, et puisque toutes les deux existent — il est logiquement impossible de trouver une solution satisfaisante. Il n'y avait que deux possibilités pour éviter la contradiction : supprimer la formule et avec

(1) Esmein, *op. cit.* p. 17. — Cf. Saleilles, *Ecole historique et droit naturel*, pp. 105, 111.

elle la technique ou proclamer l'indépendance de la technique du fond moral, c'est-à-dire supprimer la science. Cette dernière solution est adoptée par l'école formaliste et nous avons essayé de démontrer plus haut que sa thèse n'est pas acceptable à raison de son insuffisance.

En ce qui concerne la première possibilité, celle de supprimer la formule, cette solution a été exposée en particulier par notre maître éminent M. Spassoïevitch (1). Après avoir démontré qu'il est impossible de concilier la logique de la technique avec les raisonnements de la science, M. Spassoïevitch constate que la difficulté provient des hommes eux-mêmes qui, par la technique, introduisent dans le droit un élément qui n'existe pas dans les choses. Et vu que la technique ne fait pas partie de la substance du droit, mais qu'elle est une création artificielle, l'auteur ne voit de remède au problème que dans la suppression de la formule. C'est donc un résultat qui est absolument à l'antipode du formalisme juridique et qui est, au point de vue purement théorique, l'unique solution acceptable. Pour M. Spassoïevitch la méthode sociologique, qui est une méthode scientifique par excellence, devrait remplacer la technique juridique actuelle. C'est ainsi qu'« une notion de la loi n'a aucun rôle utile à remplir » (2).

Cette méthode adoptée représenterait en effet le triom-

(1) Spassoïevitch J., *Analogie et interprétation. — Contribution à l'étude des méthodes en droit privé*, thèse Paris, 1911.

(2) Spassoïevitch, *op. cit.*, p. 145 ; *ad.* pp. 132, 133, 145, 147, 148, 159, 164.

phie de l'idée de la libre recherche scientifique du droit. Ce serait la méthode la plus naturelle, parce qu'elle correspondrait parfaitement à la réalité des choses, nous voulons dire à l'unité de la règle de conduite. Cette scission nuisible et artificielle qui existe actuellement entre le droit et la morale cesserait et la société ne pourrait qu'y gagner.

Cependant cette thèse elle-même se heurte à une objection capitale. La méthode sociologique, extrêmement souple, aux yeux de la masse ressemblerait singulièrement à l'arbitraire. Si tous les hommes étaient éclairés et vertueux, ou au moins honnêtes, nous n'aurions pas besoin du droit en général. L'humanité préfère ainsi un minimum d'éthique, qu'elle trouve dans les lois, à un amoindrissement de la sécurité qui ne serait peut-être qu'apparent. Rationnellement cet état de choses, il est vrai, ne peut pas se défendre ; mais, comme le disait Pascal, à l'appui d'une thèse il est plus facile de trouver un grand nombre d'hommes qu'un bon argument. Et dans notre cas, le nombre triomphe des arguments.

CHAPITRE II

§ XXXIV. — DE L'INFLUENCE DE LA DOCTRINE STOICIENNE SUR LE DÉVELOPPEMENT DU DROIT ROMAIN

L'exemple que nous fournissent le droit romain et la doctrine stoïcienne est très instructif comme illustration de notre thèse. Il montre une fois de plus comment le droit subit au cours de son évolution l'influence de la notion de justice, c'est-à-dire, nous l'avons vu, de la morale.

Il n'est pas exagéré de dire, en effet, que l'enseignement de l'école philosophique de Zénon a été à Rome une sorte de morale officielle. Non seulement le stoïcisme était la religion des esprits éclairés par les lumières de la philosophie grecque, mais bien plus « il y a comme un stoïcisme naturel à Rome bien avant les philosophes » (1). — « Le stoïcisme... paraissait taillé exprès pour les âmes romaines » (2).

Cependant une réserve est à faire. Le stoïcisme n'était pas la seule doctrine morale qui charmait Rome. Celle-ci montrait aussi beaucoup d'admiration pour Carnéade

(1) C. Martha, *Études morales sur l'antiquité*, 1883, p. 90.

(2) Ortolan, *op. cit.* p. 215. — Adde, Martha, *op. cit.* pp. 61, 65.
— Tarde, *op. cit.* pp. 144, 145.

et pour les Epicuriens. Seulement, leur influence était loin d'égaliser celle des Stoïciens, et on est autorisé à la négliger dans notre cas (1).

Pour saisir toute la portée et toute l'influence de cette école, il est nécessaire de donner au préalable une notion générale des principes fondamentaux du stoïcisme en tant qu'ils sont en rapport avec la formation du droit. Car, dans la conception romaine, le stoïcisme se bornait au système moral de l'école. L'ontologie et les spéculations métaphysiques de Zénon paraissaient aux Romains peu utiles et privées de tout intérêt pratique.

Dans le domaine de la morale, le stoïcisme enseignait la dualité de la nature humaine. Les éléments qui forment une personne sont, d'après lui, l'âme et le corps, l'esprit et la matière. Les objets matériels sont le complément de la personne corporelle ; la matière est passive, l'esprit est la seule partie active de l'homme. « Nous sommes composés, dit Epictète, de deux natures bien différentes : d'un corps qui nous est commun avec les animaux, et d'un esprit qui nous est commun avec les Dieux ».

Le corps est asservi aux passions, mais l'âme est essentiellement libre et c'est cette liberté qui est la partie la plus noble et la plus divine de l'homme. Vous pouvez enchaîner et asservir mon corps, mais jamais mon âme, rappelait Epictète à ses maîtres. C'est cette liberté qui est la source de l'énergie et de la volonté personnelles et

(1) Sur l'influence de Carnéade à Rome Cf. Martha, *op. cit.* pp. 66-123.

qui appliquent les règles de la conduite dictées par la raison.

La raison, elle, c'est la conformité à la nature : *Vera lex, recta ratio, naturae congruens* (1) — *quid est ergo ratio ? naturae imitatio* (2) — et la nature s'identifie avec Dieu. Or, c'est par la raison et par la liberté que nous nous unissons à la divinité, et c'est là notre dernière fin morale. C'est la raison qui nous donne le critérium moral à suivre, mais c'est de notre volonté, de notre liberté que dépend l'application des principes enseignés par la raison. La raison et la liberté forment la morale pratique de l'individu.

Cependant l'homme n'a pas été créé pour vivre isolément, il est né pour faire partie de la société : *Homo sum : humani nihil a me alienum puto* était une maxime des plus estimées à Rome (3). Par conséquent dans ses rapports avec les autres, l'homme doit respecter leur liberté et leur intégrité personnelle.

Relativement au droit, la thèse stoïcienne se ramène donc aux trois points suivants : conduite conforme à la nature, personnalité libre étendue jusqu'aux choses matérielles et société civile respectant les libertés individuelles. Tels étaient les caractères essentiels de la doctrine stoïcienne et du droit romain à la fois (4).

(1) Cicéron, *De Republica*, III, 27.

(2) Sénèque, *Epist.* VII, 4.

(3) Térence, *Heaut.* 75. — Cf. Cicéron, *De legibus* I ; *De officiis*, 119. — Sénèque, *Epist.* 95.

(4) Cf. Bunge, *op. cit.* p. 49. — Laferrière, *De l'influence du stoïcisme sur la doctrine des jurisconsultes romains*, 1860, pp. 13, 18.

Nous avons vu en effet que, pour les préceptes d'ordre général, les jurisconsultes romains avaient adopté la définition stoïcienne de la justice qui consistait à donner à chacun ce qui lui appartient, à reconnaître en d'autres termes la liberté intégrale de chacun. Egalement les trois règles fondamentales du droit romain : *honeste vivere, alterum non ledere, suum cuique tribuere* sont dues, d'après le témoignage de Diogène de Laërte, à Zénon, fondateur de l'école stoïcienne (1).

En ce qui concerne les règles juridiques d'ordre plus technique et plus strictement juridique, l'influence stoïcienne ne semble être guère moins grande. Ainsi les périodes de l'enfance et de la puberté en droit romain concordent singulièrement avec l'enseignement de Zénon relatif à la révolution septennale de la vie humaine. Quant à la propriété, les raisons par lesquelles on la justifie, sont les arguments stoïciens par excellence : les choses extérieures sont le prolongement de notre personne et de notre liberté, parce que notre volonté se manifeste par l'intermédiaire des actes extérieurs exercés sur les objets. Nous avons vu qu'à cet égard Shylock lui-même se comportait en excellent stoïcien (2). L'influence de la philosophie stoïcienne se manifeste encore dans le domaine de la propriété par les moyens employés pour

(1) Cf. Senn, *De la Justice et du Droit*. — Laferrière, *op. cit.* pp. 12, 18.

(2) « Vous m'enlevez la vie, lorsque vous m'enlevez les moyens par lesquels je vis ». — Shakespeare, *Le Marchand de Venise*. — Sur le même principe Ihéring base toute la moralité du droit. Cf. à ce propos son opuscule, *La lutte pour le droit*.

l'acquérir. L'acquisition de la propriété et la possession doivent réunir deux éléments : *animus et corpus*, ce qui est conforme à la dualité de la nature humaine enseignée par les Stoïciens. En ce qui concerne la transmission de la propriété, Paul marque admirablement cette dualité en relevant la distinction suivante : *Obligationum substantia non in eo consistit ut aliquid corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis adstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel præstandum* (1).

De même la division doctrinale des choses en choses corporelles et incorporelles semble être le résultat des théories stoïciennes. Cette influence est indiscutable du reste dans le système romain sur l'*error in substantia vel materia*. Le droit romain avait adopté la solution d'après laquelle l'erreur, relative à l'objet du contrat, ne peut être cause de la résolution du contrat, sauf dans le cas où elle porte sur la substance même de la chose, la forme de celle-ci n'étant, d'après les Stoïciens, qu'une qualité secondaire (2).

Dans le droit des successions *ab intestat*, la vocation d'hérédité et l'addition d'hérédité expriment très bien ce besoin d'union d'un élément spirituel et d'un élément matériel pour rendre parfait un état de droit. L'institution du testament elle-même s'explique pour les Romains par l'immortalité de l'âme et la continuité de la personne après la mort. « Tu arraches la volonté aux morts » re-

(1) *Digesta*, De obligationibus, XLIV-7-3.

(2) Cf. Cornil, *op. cit.* p. 57. — Laferrière, *op. cit.* pp. 56, 66.

prochait Cicéron (1) au prêteur Verrès qui annulait trop facilement les testaments.

En dehors de ces exemples qui pourraient être aisément multipliés, il est à remarquer que l'influence stoïcienne s'est exercée sur l'ensemble du droit romain, sur son esprit même. En fondant le droit civil sur la raison et sur la nature des choses, les juriconsultes lui ont donné un caractère universel, grâce auquel le droit romain a pu devenir un droit mondial.

Le spiritualisme stoïcien en outre avait imprégné le droit romain de ses sentiments généreux d'humanité et de pitié. C'est grâce à lui surtout que nous voyons à Rome s'adoucir de plus en plus la condition des esclaves et s'améliorer celle des affranchis. La puissance paternelle elle-même fut tempérée dans sa sévérité extrême tant au point de vue de la personne des enfants, qu'au point de vue des choses leur appartenant — le pécule et le testament militaire nous en font preuve (2).

L'adoucissement des mœurs de Rome et l'humanisation de son droit auraient certainement suivi leur cours même sans l'influence du stoïcisme, mais il n'en est pas moins vrai que, sans lui, l'évolution du droit romain n'aurait pris ni la même direction ni la même intensité — et c'est la seule chose que nous avons voulu démontrer.

(1) Cicéron *In Verrem*, I, 44.

(2) Cf. *Digesta*, VII, I, 26, XXII, I, 28 ; XLVII, 9, 5, etc. — Laferrière, *op. cit.* pp. 10, 12, 22, 26, 37, 38.

§. XXXV. — LE ROLE DU DROIT PRÉTORIEN A ROME

Nulle part peut-être la notion de justice n'avait trouvé un instrument de réalisation plus puissant que dans l'institution du droit honoraire à Rome. Comme l'a fait très justement remarquer M. Geny (1), c'est le travail du Préteur romain qui remplaçait ce que nous désignons aujourd'hui sous le nom de méthode juridique.

Les Romains qui n'aimaient pas les principes abstraits et généraux, reculaient devant les dangers des déductions. « Ils préféraient exposer les conséquences ou mieux les applications du principe, et faire ressortir, par de nombreux exemples, les caractères essentiels de l'objet mis à l'étude. La méthode des jurisconsultes romains est celle des casuistes : ils décident des espèces plus volontiers qu'ils ne développent des théories » (2). C'est grâce surtout à cette circonstance et à cet état d'esprit que s'expliquent l'importance et la nécessité du droit prétorien à Rome. L'absence des systèmes et des principes généraux a eu pour conséquence l'élaboration d'un droit plus flexible, plus individualisé et partant plus juste.

Le vieux droit quiritaire, rigoureusement formaliste, faisait place — lentement il est vrai, mais d'autant plus sûrement — au *jus honorarium* tempéré, plus naturel et plus équitable. La tâche primitive du droit prétorien, qui consistait à combler les lacunes du droit civil, s'est

(1) Geny, *Méthode d'interprétation*, I, p. 7.

(2) Chauffour, *op. cit.* p. 95.

transformée rapidement et le Préteur s'est trouvé amené à corriger le droit lui-même (1). La part qui revient à Cicéron dans cet important travail est bien connue. Vu sa renommée et ses conceptions philosophiques, personne n'a été plus autorisé que lui à combattre les vieux préjugés relatifs au verbalisme dans le droit. On ne doit pas assujettir les choses aux paroles, disait-il — *ad verba rem deflectere* (2).

Et c'était surtout les idées stoïciennes qui pénétraient le droit romain à travers le forum du Préteur, en créant d'un droit national, un droit universel. C'est une illusion marquante pour la maxime de Kant, suivant laquelle une règle de conduite idéale tend à être érigée en loi universelle.

Pour se rendre compte de la part revenant au droit honoraire préoccupé des motifs d'équité, dans l'élaboration du droit romain, il suffit de rappeler quelques institutions juridiques. L'émancipation économique du fils de famille, la généralisation du principe de la compensation, l'enrichissement injuste, l'obligation naturelle et surtout les extensions successives de la loi Aquilia jusqu'au point d'en faire un système complet de responsabilité civile — sont dûs presque exclusivement au tra-

(1) « *Jus prætorium est, quod prætores interduxerunt adjuvandi vel supplendi vel corrigendi juris civilis gratia propter utilitatem publicam* » Digesta, de justitia et jure, I.

(2) Cicéron, *Pro Cæcina*, XVIII. — Cf. Grasserie R. de, *Des différentes justices, essai de psychologie sociologique*, 1904. — Feitu, *Cicéron et sa conception philosophique du droit*, pp. 336, 337. — Ortolan, *op. cit.*, pp. 234, 237. — Tourtoulon, *op. cit.* p. 557.

vail des Préteurs. Le droit honoraire est devenu la véritable *viva vox juris civilis*.

Pour apprécier l'œuvre accomplie grâce au droit prétorien dans son ensemble, il faut se rappeler seulement la distance parcourue depuis la règle des XII Tables prescrivant : *uti lingua nuncupasset ita jus esto* jusqu'à l'édit de Constantin et Licine qui disaient : *Placuit in omnibus rebus præcipuam esse justitiæ æquitatisque quam stricti jûris rationem* (1).

§ XXXVI. — LE ROLE DE L'ÉQUITY DANS LE DROIT ANGLAIS

Un exemple, parallèle au droit prétorien à Rome, nous est fourni par le droit anglais dans l'institution de la juridiction d'*Equity*. Les deux nous montrent d'une façon saisissante qu'il est indispensable à chaque organisation juridique de se créer un organe qui servira de canal par lequel la notion de justice s'introduira dans le droit positif. « Une fois de plus dans le domaine des faits sociaux comme dans l'ordre de la nature, la fonction avait créé l'organe » — constate notre éminent maître M. H. Lévy-Ullmann (2).

Ce qui distinguait *Equity* anglaise du *jus honorarium* romain est de nature plutôt secondaire. La préoccupation principale du Préteur romain a été de compléter et de

(1) *Codex Justinianus*, III, 1, 8. — Cf. Ortolan, *op. cit.* p. 551 — Labbé, *Préface* au tome II de l'ouvrage cité d'Ortolan, pp. III, IV. X. — Cuq. *op. cit. passim*.

(2) H. Lévy-Ullmann, *Éléments d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques*. t. II *Système juridique de l'Angleterre*, 1921, p. 487. — Adde, Grasserie R. de, *op. cit.* p. 10,

systématiser le corps du droit, tandis que la juridiction d'*Equity*, ayant à sa tête les ecclésiastes « imbus des principes religieux et canoniques » avait pour but la satisfaction de l'impératif moral et des règles supérieures de la conscience. De là, du reste, le qualificatif « Cour de Conscience » pour la Cour du Chancelier. Si les motifs sont d'ordre un peu différent, ils n'en contribuèrent pas moins au même résultat : introduction de l'idée de justice dans le droit.

Dans ses lignes générales, la juridiction d' *Equity* comportait les caractéristiques suivantes : c'était d'abord une juridiction de conscience, ensuite une individualisation de la solution juridique par la gradation des situations au détriment du droit strict, enfin la suppression des lacunes existant dans la *common law*.

Comme nous l'avons déjà remarqué l'institution d'*Equity* a subi, certes, au cours de son évolution, des modifications extrêmement profondes. Basée à l'origine, au ^{xiii}^e siècle, sur la conception continentale de l'équité, elle avait la conscience pour critérium ; au ^{xvi}^e siècle *Equity* s'est rétrécie pour devenir l'équivalent de l'*epiikeia* d'Aristote, la correction du *jus strictum* et le remède à la *summum jus summa injuria*. Du temps de Blackstone, le Pothier anglais, vers le milieu du ^{xviii}^e siècle, *Equity* ne représente plus qu'un système du droit positif fonctionnant parallèlement à la *common law* et ne se distinguant de celle-ci que par la procédure en usage ; elle est elle-même devenue un « corps de règles » (1).

(1) Cf. Lévy-Ullmann, *op. cit.* pp. 431, 433, 437, 490, 562 et suiv.

Quoique l'institution d' *Equity* soit une matière controversée et dont les caractères généraux pour le passé ne sont pas encore suffisamment examinés ni déterminés une chose, capitale pour nous, reste en dehors de toute discussion : c'est que, grâce à l'*Equity*, l'élément moral s'introduisit dans le droit positif anglais.

§ XXXVII. — TENDANCES SIGNIFICATIVES DU DROIT
POSITIF CONTEMPORAIN

En ce qui concerne le droit contemporain, les exemples prouvant l'adaptation du droit positif à l'idée de la justice, abondent. Mais après l'ouvrage magistral de M. Ripert sur la *Règle morale dans les obligations civiles* il nous semblerait immodeste et inutile d'insister plus longuement sur la pénétration des idées morales dans les institutions juridiques modernes. Nous nous bornerons donc à indiquer quelques tendances générales, très caractéristiques, que l'on peut apercevoir dans le domaine du droit civil actuel.

A ce point de vue, la formation des règles juridiques n'est nulle part aussi caractéristique que dans le grand contrat de travail. En effet le contrat de travail est le plus humain parmi tous les autres et son importance augmente chaque jour. La nécessité du travail grandit

-- Adde. Lévy-Ullmann, *L'esprit et l'aménagement du droit anglais contemporain*, Cours de doctorat, Paris 1929-1930. — Lévy-Ullmann, Cours de doctorat 1926-1927, pp. 434, 435. — V. *supra*, § 12.

parallèlement à l'accroissement de la population et au progrès de la civilisation. Dans la vie des hommes l'élément travail occupe une place de plus en plus considérable, et le contrat qui le régit tend à devenir le contrat fondamental de l'humanité. Par conséquent nul rapport de droit ne représente à un degré plus élevé la vie elle-même. Son évolution est le meilleur exemple des changements auxquels l'idée de la justice est sujette et en même temps elle est la preuve la plus évidente de ce fait que les constructions juridiques se modifient parallèlement aux nouvelles conceptions sur la justice, c'est-à-dire, aux nécessités de la vie.

Personne n'ignore en effet quelle place a été réservée par les rédacteurs du Code civil à notre contrat, quels principes le régissaient et quel est l'état actuel des choses.

Le législateur de 1804, conformément aux besoins et aux conceptions de son temps, avait soumis le contrat de travail à la règle de la liberté contractuelle, croyant assurer ainsi l'application des principes les plus justes. Mais les abus qui en ont bientôt résulté — journée de 14 à 17 heures, salaires dérisoires, exploitation des femmes et des enfants en bas âge, insalubrité des locaux — ont vite démontré l'erreur des principes abstraits. On s'est rendu compte que dans les rapports entre les forts et les faibles la liberté n'est qu'un vain mot. Et, afin que « la plus honteuse période de l'histoire industrielle » prît fin, l'Etat s'est trouvé obligé d'intervenir par des règles impératives dans le but de protéger les faibles et de satisfaire à une nouvelle conception de la justice sociale. La société a senti que la liberté contractuelle devait

céder sa place à la réglementation légale du contrat de travail.

On est allé encore plus loin dans cette voie. Après l'abolition de l'unique article 1781 du Code civil, suivant lequel le maître était cru sur son affirmation dans les contestations relatives à la quotité et au paiement des gages, le législateur moderne, après la jurisprudence, donne son appui à l'action syndicale — loi du 12 mars 1920 — qui protège les intérêts de la profession, même si le syndicat n'a pas éprouvé de préjudice, c'est un mandat légal *ad litem* (1). Il y a donc un contraste marquant entre cette conception nouvelle et l'ancienne disposition de l'article 1781 ; une véritable révolution se manifeste dans la technique juridique.

La substitution du risque professionnel à la faute et la force obligatoire du contrat collectif sont dues à des préoccupations analogues.

Les autres contrats d'adhésion — les contrats d'assurances et de transport en particulier — sont régis par des principes semblables : la partie la plus faible économiquement est placée par la loi, grâce surtout aux règles

(1) Cf. Capitant H. *Les transformations du droit civil*, pp. 34, 36.
— Cuhe P., *La législation du travail et les transformations du Droit* (dans la *Cité moderne et les Transformations du Droit*, Paris 1925), pp. 166, 169, 193. — Morin G. *Préface* au livre de M. Charmont, *La renaissance du droit naturel*. — Tissier A., *Le Code civil et les classes ouvrières* (dans le *Livre de Centenaire du Code civil*).

impératives, dans une situation juridique plus favorable (1).

Dans les autres domaines du droit privé, la même tendance — celle de moraliser le droit — se manifeste sous des formes multiples et très diverses. A cet égard nous croyons suffisant de rappeler, en ce qui concerne la doctrine, la création des théories de l'abus du droit et de l'imprévision (2). Quant aux institutions juridiques — en dehors de l'obligation naturelle et de l'enrichissement sans cause qui représentent une porte toujours et largement ouverte à la consécration juridique des conceptions morales s'y introduisant en quelque sorte automatiquement — nous voyons dans l'institution de la cause le principal instrument qui assure la moralité du droit dans le domaine des contrats. La cause est le véritable œil du juge et grâce à elle le juge sonde les consciences.

La tendance qui se manifeste de nos jours vers une extension de la notion de la lésion, nous montre de même l'effort que fait le droit pour se soustraire aux formules abstraites et les remplacer par une justice concrète.

Dans le droit de la famille, l'amélioration de la condition de la femme et des enfants naturels est aussi un indice des conceptions nouvelles pénétrant l'ordre juridique.

Et comme couronnement de ces mouvements divers, le devoir d'assistance commence à être de plus en plus

(1) Cf. Charmont, *Le droit et l'esprit démocratique*, p. 74. — Cuhe, *op. cit.* p. 171.

(2) Périth N., *La théorie de l'abus du droit et la législation civile*, Thèse Belgrade 1912, *passim*.

obligatoire dans toutes les matières du droit privé. Cette fois, c'est sur le domaine de la charité que le droit empiète (1).

(1) Cf. Capitant H. *op. cit.* pp. 51, 60. — Charmont, *op. cit.* pp. 21, 23, 81, 86. — Cornil, *op. cit.* (Préface d'Ed. Lambert), pp. VIII. IX, 99, 105. — Dijol, *La justice dans les contrats et les obligations lésionnaires*, thèse Montpellier 1919, pp. 7, 11. — Duguît, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, pp. 199, 200. — Josserand, *De l'abus des droits*. — Morin G. *op. cit.* pp. V, VII. — Oudinot Marcel, *Responsabilité*, pp. 95, 98.

CONCLUSION

Nous voici donc à la fin de notre tâche : nous avons vu en quoi consiste la notion de justice, comment elle est conçue par les écoles juridiques principales, quelle est sa place dans le droit positif et quels sont les moyens par lesquels elle l'alimente.

Nous avons démontré que l'idée de justice représente un degré d'une règle de conduite unique, qu'elle puise son contenu dans le sentiment moral des hommes et que le droit positif à son tour n'est qu'un degré de la notion de justice.

Nous avons constaté également que le but de notre conduite est la conservation et la perfection de notre être en harmonie avec l'humanité, que le droit et la justice sont la vie elle-même et qu'ils sont nécessaires au monde pour que nous puissions y vivre.

Enfin nous avons vu que le droit positif est, à un certain point, en désharmonie avec la vie, qu'il la suit en quelque sorte au lieu de marcher parallèlement à elle et que de là résultent des phénomènes choquant souvent notre sentiment moral et rendant né-

cessaire une fois de plus la notion de justice à côté de la notion de droit.

Le désaccord est encore augmenté par le formalisme de la règle juridique positive, conséquence de ce que le droit en même temps que *ars boni et æqui* doit être *ars stabili et securi*. La formule par la force des choses se détache de la vie, acquiert une existence quasi-indépendante, essentiellement artificielle. La vie, cependant, ne connaît ni règles, ni formules, ni procédures : elle suit des routes qui resteront toujours mystérieuses pour nous. De là viennent les maux séculaires qui ont donné à notre science juridique une assez mauvaise réputation dans le grand public.

L'opposition entre le droit positif et la justice tient donc à une double cause. Elle est due d'abord à la désharmonie du temps : la règle formelle de droit, produit du passé, ne sera jamais absolument conforme à la conception actuelle de la morale — c'est à la justice inspiratrice et fondamentale, à la *rechterzeugende Gerechtigkeit* que revient la tâche de faire régner l'harmonie. De plus, l'inévitable généralité de la règle aveugle rend nécessaire une autre idée, celle de la justice correctrice du droit. Cette dernière, tout en faisant partie de la même substance, est, en tant que principe, moins importante que la première, mais sa valeur pratique reste énorme. C'est elle qui porte ordinairement le nom d'équité et dont les lois, d'après un auteur anonyme, sont destinées à tout régler mais ne fixent rien (1).

(1) Cf. X. *Essais sur les principes de Justice*, Paris 1761, p. 14. — Capitant, *op. cit.* p. 32. — Geny, *Science et Technique*, III, pp. 23,

Cependant, grâce à la technique juridique et à l'interprétation, le droit, cet éternel malade, marche parallèlement à la vie sans secousse et sans danger pour sa stabilité. Il est chétif, mais il vit et il donne la santé à la société ; l'humanité ne peut pas se passer de lui. Le Droit, c'est un médecin malade.

Ainsi, le vrai problème du droit ne consiste pas dans la recherche d'une justice définitive. Il consiste à s'efforcer de mettre la règle technique du droit positif en conformité aussi grande que possible avec la conception réelle de la justice d'un moment donné et à suivre fidèlement cette conception dans toutes ses oscillations.

Voilà le vrai problème du droit qu'on ne peut résoudre sans une méthode juridique perfectionnée. La question du fondement du droit ne se pose donc pas pour le juriste comme un problème fondamental et primordial ; il est même en dehors de sa compétence. C'est le milieu qui crée le droit d'après sa conception du monde et suivant les besoins de la vie. Le juriste, en agissant *ès* qualité, n'a qu'à constater ces tendances et à leur donner une forme concrète et exacte. Pour cela, il doit observer avant tout et laisser aux plus compétents le soin de sonder les profondeurs de la métaphysique.

Rechercher et constater le droit fidèlement et non pas le créer, c'est là donc la tâche du juriste et cette tâche il ne doit jamais la perdre de vue s'il veut répondre

25. — Hauriou, *op. cit.* pp. 798, 803, 824. — Stammler, *op. cit.* p. 7.

— Ripert, *La Règle morale*, pp. 12, 413, 419. — Spassoïevitch, *op. cit.* p. 1. — Voigt, *op. cit.* pp. 19. 20.

à sa mission sociale. A cet égard, la thèse de l'Ecole historique reste exacte : ni le législateur, ni l'interprète n'ont à créer le droit. Ils n'ont qu'à le constater. Et ensuite ils doivent trouver une technique et une méthode, grâce auxquelles les cadres de la loi, rigides en apparence, seront souples en fait. Par leur intermédiaire le droit restera toujours la représentation fidèle des réalités sociales (1).

Une chose d'ailleurs reste acquise. Ni le droit, ni sa technique ne peuvent vivre privés de leur racine, c'est-à-dire séparés de la morale. Si le droit est un fruit de la Morale, c'est un fruit qui ne se détache jamais de son arbre et qui pour durer a constamment besoin de la sève maternelle. Le « construit » doit être toujours prêt à recevoir le « donné » et à s'en remplir.

Mais où trouverons-nous notre justice pour éviter le sort des Titans qui attendent en vain les jugements équitables ? — C'est dans l'âme des justes que la justice repose, nous répond le vieux glossateur — *justitia in mentibus justorum quiescat*. Et quoiqu'elle ne soit pas aisément reconnaissable, nous devons la chercher en nous-mêmes.

C'est en travaillant à la justice que nous rendrons inutiles la charité et la loi, car la loi n'est pas faite pour le juste. Et lorsque nous l'aurons trouvée, nous devons

(1) Cf. Duguit, *Droit Constitutionnel*, pp. 88, 91, 98. — Geny, *La conception générale du droit dans l'œuvre de R. Saleilles*, pp. 42, 44, 48, 50, 57, 60. — Jèze, *op. cit.* p. 33. — Saleilles, *Ecole historique et droit naturel*, p. 95. — Stammler, *op. cit.* p. 116.

l'appliquer dans nos actes et exiger des autres qu'ils en fassent autant. Chaque homme a la vie qu'il mérite et chaque société a la justice dont elle est digne.

Il faut donc chercher la justice et lutter pour elle —
il faut être à la fois *legum doctor et miles*,

Vu : Le Doyen,

Vu : Le Président de Thèse,

H. BERTHELEMY.

Henri LÉVY-ULLMANN.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Recteur de l'Académie de Paris,

CHARLETY ,

BIBLIOGRAPHIE

LES OUVRAGES

- ACCARIAS. — *Précis de droit romain*, 4^e éd. Paris 1891.
- ALBRECHT C.-A. — *Die Stellung der römischen Æquitas in der Theorie des Civilrechts*. Leipzig 1834.
- ANTHONY R. — *La Force et le Droit. Le prétendu droit biologique*, Paris 1917.
- ARISTOTE. — *Morale à Nicomaque*, trad. J.-B. Saint-Hilaire, Paris 1856.
- *La grande Morale*, trad. J.-B. Saint-Hilaire, Paris 1856.
- ARON. — *Les grandes réformes du droit révolutionnaire*, Paris 1910.
- BETS (abbé de). — *Les bases de la morale et du droit*, Gand 1892.
- BENTHAM. — *Traité de législation*, T. I. trad. Et. Dumont, Paris 1802.
- BEUDANT CH. — *Le droit individuel et l'Etat*, 3^e éd. Paris 1920.
- BEUDANT R., CAPITANT, COLIN. — *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris 1914.

BOISTEL A. — *Principes de métaphysique nécessaires à l'étude de la philosophie du droit*, Paris 1899.

— *Cours de philosophie du droit*, 2 vol., Paris 1899.

BONNECASSE J. — *La notion du droit en France au XIX^e siècle*, Paris 1919.

— *Introduction à l'étude du droit*, Paris 1926.

BOUGLÉ C. — *Solidarisme*, Paris 1907.

— *Doctrines et sentiment solidaristes*, Paris 1912.

BOURGEOIS L. — *Solidarité*, 3^e éd., Paris 1902.

BOURRIER. — *De l'idée de la justice*, Riom 1897.

BRUN (Lucien). — *Introduction à l'étude du droit*, 2^e éd., Paris 1887.

BUNGE C. — *Le Droit c'est la force. Théorie scientifique du droit et de la morale*. Trad. de l'espagnol par Desplanques E., Paris 1924.

CAPITANT H. — *De la cause des obligations*, Paris 1923.

— *Introduction à l'étude du droit civil*, Paris 1912.

CAPITANT R. — *Introduction à l'étude de l'illicite. L'im-pératif juridique*, Thèse Paris 1928.

CHARMONT J. — *Le droit et l'esprit démocratique*, Paris 1908.

— *La renaissance du droit naturel*, Paris 1910.

— *Les transformations du droit civil*, Paris 1912.

CHAUFFARD A. — *Introduction à l'encyclopédie juridique d'Ahrens*, Paris 1866.

CORNIL G. — *Le droit privé. Essai de sociologie juridique simplifiée*, Paris 1924.

- COURCELLE-SENEUIL. — *Préparation à l'étude du droit : étude des principes*, Paris 1887.
- COUSIN V. — *Justice et Charité*, Paris 1882.
- CRUET J. — *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Paris 1908.
- CUCHE P. — *En lisant les juristes philosophes*, Paris 1919.
— *Conférences de philosophie du droit*, Paris 1928.
- CUQ. — *Manuel des institutions juridiques des Romains*, 2^e éd. Paris 1928.
- DAGANET A. — *Justice et Charité*, Paris 1901.
- DAVY G. — *Le Droit, l'Idéalisme et l'Expérience*, Paris 1922.
- DEJARNAC H. — *Justice et Charité*. Thèse Mazamet 1904.
- DEMOGUE R. — *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris 1911.
- DIJOL M. — *La justice dans les contrats et les obligations lésionnaires*, Thèse Montpellier 1919.
- DIOGÈNE de LAERTE. — *Vies, doctrines et sentences des philosophes illustres*, 2 vol., trad. M. Ch. Zévrot, Paris 1847.
- DUGUIT L. — *Traité de droit constitutionnel*, tome I, 2^e éd. 1921.
— *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, 2^e éd., Paris 1920.
— *Les doctrines juridiques objectivistes*, Paris 1927.
- DURKHEIM. — *Sociologie et Philosophie*, Paris 1924.
- FEITU E. — *Domat et sa conception philosophique du droit*, Paris 1869.

FOUILLÉE A. — *L'idée moderne du Droit*, Paris 1920.

GENY F. — *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2 vol., 2^e éd., Paris 1919.

— *Science et Technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, 4 vol., Paris 1914-1924.

GORPHE F. — *Le principe de la bonne foi*, Thèse Paris 1928.

GROPPALI A. — *Le progrès du problème du droit*, Paris 1907.

HENNEBICQ L. — *L'idée du juste dans l'Orient grec avant Socrate*, Bruxelles 1914.

HENRIOT E. — *Mœurs juridiques et judiciaires de l'ancienne Rome d'après les poètes latins*, Paris 1865.

HIERING R. (VON). — *L'évolution du droit (Zweck im Recht)*, trad. de la 3^e éd. allem. par O. de Meulènaere, 1901.

— *La lutte pour le droit*, trad. d'allem. par Meulènaere, 1890.

JANET P. — *Histoire de la science politique dans ses rapports avec la morale*, 2 vol., Paris 1913.

JANVIER. — *La Justice et le Droit*, Paris 1916.

JAURÈS J. — *La justice dans l'humanité*, Paris 1919.

JÈZE G. — *Les principes généraux du droit administratif*, 3^e éd. tome I, Paris 1925.

JOSSERAND L. — *De l'abus des droits*, Paris 1906.

— *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Paris 1928.

- JOVANOVITCH S. — *O Drzavi*, Belgrade, 3^e éd., 1922.
- KANT E. — *Eléments métaphysiques de la doctrine du droit*, trad. de l'allemand par J. Barni, 1853.
- KLEINFELLER G. — *Gerechtigkeit*, Kiel 1913.
- KOENIG X. — *Essai sur l'évolution de l'idée de justice chez les prophètes hébreux*, Paris 1894.
- KORKOUNOV N. — *Cours de théorie générale du droit*, trad. du russe par Tchernoff, 2^e éd., Paris 1914.
- LAFARGUE P. — *Recherches sur l'origine de l'idée de justice et de l'idée du bien*, Paris 1899.
- LAFFERRIÈRE L. — *De l'influence du stoïcisme sur la doctrine des Jurisconsultes romains*, Paris 1860.
- LAGORGETTE J. — *Le fondement du droit et de la morale*.
Thèse Dijon 1907.
- LA GRASSERIE R. — *Des différentes justices*, Paris 1904.
- LAPIE P. — *De justitia apud Aristotelem*, Lutetia 1902.
- LE FUR. — *Le fondement du droit*, Paris 1926.
- *La théorie du droit naturel*, Paris 1928.
- LÉVY-BRUHL. — *La morale et la science des mœurs*, Paris 1903.
- LÉVY (Emmanuel). — *La vision socialiste du droit*, Paris 1926.
- *La paix par la Justice*, Paris 1929.
- LÉVY-ULLMANN H. — *Eléments d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques*, 2 vol., Paris 1917
1928.

- *Programme d'un Cours d'introduction au droit civil*, Paris 1903.
- *Discours sur le Code civil*, Paris 1904.
- *Vers le Droit mondial du xx^e siècle*, Paris 1923.
- LITTRÉ. — *La science au point de vue philosophique*, 2^e éd., 1873.
- MARTHA. — *Le philosophe Carnéade à Rome*, Paris 1889.
- MIRINESCO. — *L'idée du droit et l'école anglaise*, Thèse Paris 1905.
- MONTESQUIEU. — *De l'esprit des lois*, 2 vol., éd. Garnier, Paris 1922.
- ORTOLAN. — *Histoire de la législation romaine et généralisation du droit romain*, 12^e éd., Paris 1884.
- PERITCH N. — *La théorie de l'abus du droit et législation civile*, Thèse Belgrade 1912.
- PERREAU E. — *Technique de la jurisprudence en droit privé* (Préface de M. Geny), 2 vol., Paris 1923.
- PICARD E. — *Le droit pur*, Bruxelles 1914.
- *Les Constantes du Droit, Institutes juridiques modernes*, Paris 1921.
- PLATON. — *Lois*, trad. V. Cousin, Paris 1831.
- *Menon*, trad. V. Cousin, Paris 1831.
- PORTE (Marcel). — *La jurisprudence et l'équité*, Grenoble 1899.
- RENARD. G. — *Le Droit, la Justice et la Volonté*, Paris 1924.
- *Le Droit, la Logique et le Bon Sens*, Paris 1925.
- *Le Droit, l'Ordre et la Raison*, Paris 1927.
- RIPERT G. — *L'idée de droit en Allemagne et la guerre actuelle*, Aix-Marseille 1915.

- *Droit naturel et positivisme juridique*, Paris 1918.
- *La Règle morale dans les obligations civiles*, Paris 1925.
- *Abus ou relativité des droits*, Paris 1929.
- ROUSSEAU J.-J. — *Discours sur l'origine de l'inégalité parmi les hommes*.
- SALEILLES R. — *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, Paris 1904.
- SAVATIER H. — *La théorie moderne du capital et de la justice*, Paris 1898.
- SCHOPENHAUER A. — *Ethique, droit et politique*, trad. d'allemand par A. Dietrich, Paris 1909.
- SENN F. — *Les origines de la notion de Jurisprudence*, Paris 1926.
- *De la justice et du droit*, Paris 1927.
- SPASSOIEVITCH J. — *L'analogie et l'interprétation. Contribution à l'étude des méthodes en droit privé*. Thèse Paris 1911.
- SPINOZA. — *Ethica ordine geometrico demonstrata*.
- *Tractatus theologico-politicus*.
- STAMMLER R. — *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, Berlin 1902.
- SUAREZ F. — *Tractatus de legibus ac Deo legislatore*, 1719.
- TANON L. — *L'évolution du droit et la conscience sociale*, 3^e éd., Paris 1911.
- TARANOVSKI. — *Enciklopedija Prava*, Belgrade 1922.
- TARDE G. — *Les transformations du droit*, 8^e éd., Paris 1922.

TOURTOULON P. (de). — *Les principes philosophiques de l'histoire du droit*, 2 vol., Genève 1908-1919.

VACCARO M.-A. — *Les bases sociologiques du Droit et de l'Etat*, trad. J. Gaure, Paris 1898.

VAREILLES-SOMMIÈRES. — *Les principes fondamentaux du droit*, Paris 1889.

VOIGT M. — *Das jus naturale, æquum et bonum und jus gentium der Rœmer*, 3 vol., Leipzig 1856.

VOLANSKY A. — *Essai d'une définition expressive du droit basée sur l'idée de bonne foi*. Thèse Paris 1929.

X. — *Essais sur les principes de la Justice*.

ARTICLES DIVERS

BEKKER E.-J. — Ueber die rœmische und die moderne Æquitas. — *Jahrbuch der internationalen Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre*, Band I. 1895.

BOISTEL A. — Le Code civil et la philosophie du droit — *Livre du Centenaire du Code civil*.

CAPITANT H. — Les transformations du droit civil français depuis cinquante ans — *Livre du Cinquenaire de la Société de Législation comparée*, Paris 1922.

CHAUFFOUR V. — De l'équité dans le droit romain — *Revue de législation*, Tome XXVIII.

CUCHE P. — La législation du travail et les transformations du droit — *La Cité moderne et les transformations du droit*, Paris 1925.

- A la recherche du fondement du droit, y a-t-il un romantisme juridique ? — *Revue trimestrielle de droit civil*, n° 1, 1929.
- DORLENCOURT L. — Équité — *Revue pratique du droit français*, Tome X.
- ESMEIN. — La Jurisprudence et la Doctrine — *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, n° 1.
- FEITU E. — Cicéron et sa conception philosophique du droit — *Revue critique de législation et de jurisprudence*, T. XXIX, 1866.
- GAREIS. — Vom Begriff Gerechtigkeit — *Festschrift für die juristische Fakultät in Giessen*, 1907.
- GENY F. — Les procédés d'élaboration du droit civil — *Collège libre des sciences sociales* — Les méthodes juridiques, 1911, Paris.
- Idéalisme ou positivisme juridique — *Themis Polska*, série III, vol. 1.
- La technique législative dans la codification civile moderne — *Livre du Centenaire du Code civil*.
- La conception générale du droit, de ses sources, de sa méthode dans l'œuvre juridique de Raymond Saleilles — *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris 1914.
- GIDE C. — Justice et Charité — *Morale sociale*, Paris 1899.
- HAURIOU. — L'Ordre social, la Justice et le Droit — *Revue trimestrielle de droit civil*, 1927, n° 4.
- JAUBERT Ch. — Justice d'équité — *Revue critique de législation et de jurisprudence*, T. 73, 1906.

PERITCH J. — La volonté des particuliers comme créatrice des droits privés — *Revue trimestrielle de droit civil*, 1929, n° 1.

SALEILLES R. — Ecole historique et droit naturel d'après quelques ouvrages récents — *Revue trimestrielle de droit civil* 1902, n° 1.

— Fondement et développement du droit — *Revue internationale de l'enseignement*, 1891, n° 2.

— Le Code civil et la méthode historique — *Livre du Centenaire du Code civil*.

SOREL A. — Introduction au *Livre du Centenaire du Code civil*.

LES COURS

LE FUR. — *Le positivisme juridique et les doctrines de M. Duguit* — Cours libre professé à la Faculté de Droit de Paris 1929-1930.

LÉVY-ULLMANN. — *L'obligation et le contrat dans le premier quart du xx^e siècle* — Cours de doctorat, Paris 1927-1928.

— *L'esprit et l'aménagement de droit anglais contemporain* — Cours de doctorat, Paris 1929-1930.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	9
--------------------	---

PREMIERE PARTIE

LA NOTION DE JUSTICE ET LES NOTIONS QUI S'Y RAMENENT

CHAPITRE PREMIER. — <i>De la notion de Justice</i> ..	19
§ I. — De la justice en général	19
§ II. — Analyse et définition de la notion de justice	26
§ III. — Le finalisme transcendant	36
§ IV. — Le finalisme humain	40
§ V. — De la détermination de la dignité	50
§ VI. — La Justice et l'Utilité	60
§ VII. — La Justice et la Charité	62
§ VIII. — La conception de la justice dans la doctrine chrétienne	67
§ IX. — La conception de la justice dans l'An- tiquité	70
§ X. — Du contenu variable de la justice. — Conclusion du premier chapitre	77

CHAPITRE DEUXIÈME. — <i>De la notion de l'Equité</i>	81
§ XI. — De l'Equité en Grèce et à Rome	81
§ XII. — L'Equité au Moyen-Age et de nos jours	85
§ XIII. — Equité et Egalité	90
CHAPITRE TROISIÈME. — <i>Des conceptions du Droit Naturel</i>	96
§ XIV. — Les doctrines du droit naturel jusqu'au <i>xx^e</i> siècle	97
§ XV. — Les doctrines modernes sur le droit naturel	101
§ XVI. — La critique des doctrines sur le droit naturel	106
CHAPITRE QUATRIÈME. — <i>De la Morale et du Droit</i>	112
§ XVII. — De la règle morale et de la science des mœurs	112
§ XVIII. — Du rapport entre la morale et la justice	115
§ XIX. — De l'unité de la règle de conduite ..	120
§ XX. — L'identité de substance des notions de Justice, d'Equité, du Droit Naturel et de la Morale. — Conclusion de la Première Partie	124

DEUXIEME PARTIE

EXAMEN DES PRINCIPALES ECOLES JURIDIQUES RELATIVEMENT A LA NOTION DE LA JUSTICE

CHAPITRE PREMIER. — <i>Ecole utilitaire</i>	133
§ XXI. — La thèse de l'Ecole utilitaire	133

§ XXII. — La critique de l'Ecole utilitaire	139
CHAPITRE DEUXIÈME. — <i>Ecole solidariste</i>	143
§ XXIII. — La thèse de l'Ecole solidariste	143
§ XXIV. — La critique de l'Ecole solidariste..	146
CHAPITRE TROISIÈME. — <i>Les écoles juridiques con-</i> <i>temporaines</i>	150
§ XXV. — Ecole idéaliste	152
§ XXVI. — Ecole positiviste	155
§ XXVII. — La méthode d'observation	161
§ XXVIII. — Du rapport existant entre les faits et les croyances	167
§ XXIX. — Le problème indicatif-impératif. — Conclusion de la Deuxième Partie	172

TROISIÈME PARTIE

DES MODES TECHNIQUES PAR LESQUELS LA NOTION DE LA JUSTICE PENÈTRE LE DROIT POSITIF

CHAPITRE PREMIER	180
§ XXX. — Le travail législatif	180
§ XXXI. — L'interprétation juridique	188
§ XXXII. — L'interprétation doctrinale	193
§ XXXIII. — Le mouvement de la libre recher- che scientifique	196
CHAPITRE DEUXIÈME	203
§ XXXIV. — De l'influence de la doctrine stoï- cienne sur le développement du droit romain	203

§ XXXV. — Le rôle du droit prétorien à Rome.	209
§ XXXVI. — Le rôle de l' <i>Equity</i> dans le droit anglais	211
§ XXXVII. — Tendances significatives du droit positif contemporain	213
CONCLUSION	219
BIBLIOGRAPHIE	225
TABLE DES MATIERES	235



IMPRIMERIE

A. OLIVIER

- FALAISE -

